



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2001

---

## **Vorsorgevollmachten - ein Institut im Spannungsfeld von Personen-, Vormundschafts-, Erb- und Obligationenrecht**

Breitschmid, Peter ; Reich, Johannes

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-69228>  
Journal Article

Originally published at:

Breitschmid, Peter; Reich, Johannes (2001). Vorsorgevollmachten - ein Institut im Spannungsfeld von Personen-, Vormundschafts-, Erb- und Obligationenrecht. Zeitschrift für Vormundschaftswesen, 56(1-2):144-166.

# Vorsorgevollmachten – ein Institut im Spannungsfeld von Personen-, Vormundschafts-, Erb- und Obligationenrecht

von PD Dr. iur. Peter Breitschmid und cand. iur. Johannes Reich

*Wille zu autonomer Lebensgestaltung und verlängerte Lebenserwartung (Ziff. 1 und 2) erfordern spezifische Vollmachtkonzepte insbesondere für höchstpersönliche, vom Vollmachtgeber kaum mehr überwachbare Belange (Ziff. 3–5). Solche Vorsorge- bzw. Betreuungsvollmachten und Patienten«verfügungen» sind nicht formbedürftig, müssen aber freier, informierter Willensbildung entspringen (Ziff. 7), sind in zweckmässiger Form bekannt zu machen (Ziff. 8) und sollten einen geeigneten Vertreter (Ziff. 9) und dessen Tätigkeit – welche dem Handeln eines behördlich bestellten Betreuers vorgeht – bezeichnen (Ziff. 10). Besondere Aufmerksamkeit erfordern Entscheide Dritter bezüglich konkreter medizinischer Behandlung, insb. in terminalen Stadien (Ziff. 11). Delegation und Substitution (Ziff. 12), die Überwachung eines privat bestellten Vertreters (Ziff. 13) und dessen Entschädigung (Ziff. 14) bilden weitere Themen.*

## Les pleins pouvoirs dans le cadre des droits strictement personnels – une institution dans l'application du droit des personnes, de la tutelle, des successions et des obligations

*La volonté d'organiser sa vie de façon autonome et une espérance de vie plus longue (ch. 1 et 2) nécessitent des concepts spécifiques des pleins pouvoirs, plus particulièrement pour des problèmes strictement personnels que le donneur de mandat ne peut plus maîtriser (ch. 3 à 5). De tels pouvoirs relevant de l'assistance personnelle et de la prévoyance, ainsi que les «dispositions» prises par le patient ne sont soumis à aucune forme; mais ils doivent émaner d'une volonté libre et informée (ch. 7), et être exprimés dans une forme adéquate (ch. 8); ils devraient désigner un assistant approprié (ch. 9) en définissant son activité qui prime celle d'un représentant nommé par l'autorité (ch. 10). Une attention particulière doit être accordée à des décisions prises par des tiers concernant un traitement médical concret, particulièrement à un stade terminal (ch. 11). D'autres thèmes sont consacrés à la délégation et la substitution de pouvoirs (ch. 12), à la surveillance d'un représentant privé (ch. 13) et à sa rétribution (ch. 14).*

## Procure per l'assistenza personale – un istituto per il campo d'applicazione dei diritti delle persone, tutelare, successorio e obbligatorio

*La volontà di disporre autonomamente dell'esistenza e la prolungata attesa di vita (cfr. 1 e 2) richiedono specifici concetti di procura, che sia idonea in particolare per soddisfare esigenze strettamente personali anche in casi in cui colui che la concede non è più in grado di gestirsi (cfr. 3–5). Queste procure che riguardano la cura e l'assistenza di pazienti o loro decisioni non è necessario redigerle con una forma particolare. Esse devono tuttavia essere l'espressione di una cosciente libera volontà di persona informata (cfr. 7), devono essere rese note in forma confacente (cfr. 8) e devono indicare un rappresentante idoneo (cfr. 9) in grado di agire analogamente a un assistente designato dall'autorità (cfr. 10). Particolare attenzione richiedono le decisioni di terzi concernenti le cure mediche, in particolare prodigate a persone in stadio terminale (cfr. 11). La delega e la sostituzione, così come la sorveglianza di un rappresentante privato (cfr. 13) e la sua retribuzione (cfr. 14) sono ulteriori temi di riflessione.*

## A. Einführung – rechtliche Regelung von Altersproblemen

1. *Vorsorgende Selbstbestimmung* für mögliche (nicht notwendig, aber meist altersbedingte) Schwächezustände, entspricht einer *Tendenz zu bewusster, autonomer Lebensgestaltung*. Weitverbreitete Skepsis gegenüber einer (vermeintlichen) «Apparatemedizin»<sup>1</sup> hat die Bedeutung der *Patientenautonomie* bewusst gemacht und beeinflusst auch medizinische Behandlungsentscheide. Die höhere Lebenserwartung dank des medizinischen Fortschritts führt dazu, dass ein in der Schweiz geborener Mensch 90 Prozent seines mittlerweile rein statistisch 78 Jahre langen Lebens in relativ beschwerdefreiem Zustand geniessen kann<sup>2</sup>. Dem Menschen auch im fortgeschrittenen Alter eine selbstbestimmte, autonome Lebensgestaltung zu ermöglichen, ist Gebot der *Menschenwürde* und durch Art. 7 BV als programmatische Pflicht<sup>3</sup> des Staates geschützt<sup>4</sup>. Die erhöhte Bereitschaft zu umfassender, steuerlich optimierter *Nachlassplanung*, welche lebzeitige Aspekte

<sup>1</sup> Darin sieht zumindest die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften einen Grund für den «zunehmend skeptisch und kritisch» beurteilten Beitrag der Medizin zum Nutzen des Patienten; vgl. J. Bircher/W. Stauffacher, Neuorientierung der Medizin. Ein Projekt der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften. NZZ Nr. 13 vom 17. Januar 2001, S. 15. – Vgl. auch J. Taupitz, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, Gutachten A zum 63. Deutschen Juristentag, München 2000, A 106.

<sup>2</sup> Ch. Koller, Die Schweiz im europäischen Vergleich, in: Bundesamt für Statistik (Hg.), Gesundheit und Gesundheitsverhalten in der Schweiz 1997, Neuenburg 2000, S. 123 ff., 127. Dies bedeutet konkret, dass ein 65-jähriger Mensch in der Schweiz durchschnittlich mit weiteren 11 bis 12 behinderungsfreien Jahren rechnen kann. Andererseits führt die höhere Lebenserwartung oft zu einer verlängerten Phase altersbedingter Schwächezustände nach früher meist tödlich verlaufenen Krankheitsbildern. So wächst sich etwa das Demenzsyndrom, an welchem 5-8 Prozent der über 65-jährigen und gar 24 Prozent der über 85-jährigen Menschen leiden, zur schleichenden Epidemie in den hochentwickelten Industrienationen aus, vgl. H. Lauter/M. Haupt, Demenzsyndrom, in: H. Hornbostel/W. Kaufmann/W. Siegenthaler (Hg.), Innere Medizin in Praxis und Klinik. Bd. II, 4. A., Stuttgart/New York 1992, Ziff. 7.83; für Deutschland vgl. M. Strätling/B. Eisenbart/V. E. Scharf, Stellvertreterentscheidungen in Gesundheitsfragen unter epidemiologisch-demographischen Gesichtspunkten: Wie realistisch ist das deutsche Betreuungsrecht?, Medizin-Recht 18/2000 S. 251 ff., 253, welche mittelfristig davon ausgehen, dass 3–4 Prozent der Gesamtbevölkerung «krankheitsbedingt nicht oder nur bedingt fähig sein werden, in ihre eigene medizinische Versorgung rechtswirksam einzuwilligen.»

<sup>3</sup> Zum programmatischen Gehalt der Grundrechte vgl. J. P. Müller, Einleitung zu den Grundrechten, in: BV-Komm., N. 41 f.; ders., Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, S. 48 f.

<sup>4</sup> Vgl. A. Auer/G. Malinvern/M. Hotelier, Droit constitutionnel suisse. Vol. II, Bern 2000, N. 269; P. Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. A., Berlin 1998, S. 702 f. (« (...) der Verfassungsstaat verwirklicht Menschenwürde, indem er die Bürger zum Subjekt ihres Handelns macht. Menschenwürde ist in diesem Sinne die gewachsene und wachsende Biographie des Verhältnisses Staat-Bürger und (...) des Verhältnisses Staat/Gesellschaft-Bürger»); K. Jaspers, Philosophie II. Existenzerhellung, 3. A., Berlin/Heidelberg 1932 (unveränderter Nachdruck 1994), S. 366 (« (...) ich will die Formen der Ordnung, in denen Menschenwürde, die mir sichtbar geworden ist, am unbeschränktesten möglich ist. Das weiss ich jedoch nicht nach einem allgemeinen Plan für immer und für alle, sondern aufgrund jeweiligen weltorientierten Wissens nur in geschichtlicher Situation und mit entschiedenem Resultat nur im Augenblick für das, was jetzt zu tun, zu fordern, zu wünschen ist.»); Ph. Mastrorandi, Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, Diss. Bern, Berlin 1978, S. 63; J. P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. A., Bern 1999, S. 2 ff.

naturgemäss einzubeziehen hat, muss auf nicht-vermögensrechtlicher Seite ihre Entsprechung in Vorkehrungen zu *selbstbestimmter Bewältigung alltäglicher Probleme der Lebensführung im Alter* finden<sup>5,6</sup>, wobei neben rechtlichen auch soziale, medizinische und pflegerische Aspekte zu berücksichtigen sind. Je nach individueller Lebenslage und den vom Betroffenen bereits autonom veranlassten Entscheidungen (etwa der Sicherung einer altersgerechten Wohnform) ist der Vertretungsbereich weiter oder enger zu fassen.

2. Die aus *längerer Lebenserwartung* resultierenden Fragen *rechtsgeschäftsplanerischer* und *gesetzgeberischer* Natur berühren vorab das Vormundschaftsrecht und damit eine scheinbar wenig spektakuläre Nische der Rechtsordnung: Die degenerativ-schleichende Altersentwicklung riskiert, dem öffentlichen Bewusstsein zu entschwinden (oder jedenfalls nur als Kostenfaktor begriffen zu werden), während betreuend-fördernde Unterstützung im «Jugendvormundschaftsrecht» mehr Interesse findet. Indes haben grundsätzlich einheitliche Wertungskriterien zu gelten<sup>7</sup>, obwohl das «*Altersrecht*»<sup>8</sup> – anders als das gesetzlich-statusmässig durch das Mündigkeitsalter begrenzte Kindesrecht – keine in sich fest umrissene Kategorie<sup>9</sup> bildet und in einer *Übergangsphase von Leben zu Tod* spielt: Erst dieses als zeitlich bestimmt festgelegtes biologische Ereignis mit Statuswirkung löst rechtlich den *Vermögensübergang* auf die Erben als Rechtsnachfolger des Erblassers aus (Art. 560 Abs. 2 ZGB), während die *nicht-vermögensrechtlichen* Aspekte des Todes ebenso wie die oft längere Leidens-, Schwäche- und Sterbephase als *vormundschaftlich-erbrechtliche Grenzzone* in einem sachlichen Zu-

<sup>5</sup> Zu dieser Perspektive zuletzt umfassend G. Zenz, Autonomie und Familie im Alter – (k)ein Thema für die Familienrechtswissenschaft?, in: Zur Autonomie des Individuums. Liber amicorum *Spiros Simitis*, Baden-Baden 2000, S. 483 ff. Vgl. auch Häberle (Anm. 4), S. 704: «Der Generationenzusammenhang stiftet eine Verantwortungsgemeinschaft, der sich der Einzelne weder entziehen darf noch kann. (...) Der Mensch ist Mitmensch und zugleich Glied der «Generationenkette»», was in Art. 272 ZGB – zum praktischen und ethischen Gehalt dieser Bestimmung vgl. BK-Hegnauer – schönen Ausdruck findet.

<sup>6</sup> Allerdings darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass bei hilfsbedürftigen, über 65-jährigen Menschen in rund 55 Prozent der Situationen die Hilfe von Angehörigen geleistet wird, in zusätzlichen 22–24 Prozent teilen sich Angehörige und Spitex-Diensten diese Aufgabe und lediglich in 20 Prozent der Fälle wird sie ausschliesslich von den Spitex-Diensten geleistet; vgl. Th. Abelin, Gesundheit, soziale Situation und Hilfebedarf der Betagten, in: Bundesamt für Statistik (Hg.), (Anm. 2), S. 83 ff., 88 f.

<sup>7</sup> Im Sinne der Gleichbehandlung gleicher und differenzierender Behandlung verschiedener Sachlagen: Drastisch Zenz (Anm. 5), S. 499–501, wonach einem Kinderheim, welches so (d.h. mit derart wenig Anregung und emotionaler Zuwendung) geführt würde wie ein durchschnittliches Altersheim, unweigerlich die Betriebskonzession entzogen würde.

<sup>8</sup> Vgl. zum zunehmend als selbstständigen Themenkreis erkannten und behandelten «*Altersrecht*» schon W. Müller-Freienfels, Privatvorsorge und Staatsfürsorge im Altenrecht, in: FS Keller, Zürich 1989, S. 35–70, etwa 36, sowie nun Zenz (Anm. 5), u.a. S. 493, dort die soziologische Unterscheidung zwischen «jüngeren Alten» (rüstigen, aktiven Rentnern zwischen 60 und 75–80 Jahren) und «Hochbetagten» (ab 75–80 Jahren) aufnehmend, allerdings im Bewusstsein um Phasenverschiebungen: dazu die folgende Anmerkung.

<sup>9</sup> Es ist denn ja auch überaus glückliche Fügung, einen Beitrag zu (Alters-)Vorsorgevollmachten in einer «Festschrift» zum 80. Geburtstag eines Jubilars veröffentlichen zu dürfen, an welcher der Jubilar selbst mit einem höchst aktuellen Beitrag aktiv mitwirkt: Herzliche Gratulation an Cyril Hegnauer!

sammenhang stehen<sup>10</sup>, welcher durchaus noch vertiefte gesamtheitliche Betrachtung erfordert: Die Aufgaben von Verwaltungsbeistand und Erbschaftsverwalter etwa unterscheiden sich kaum in der Sache (vgl. Art. 393 bzw. Art. 554 ZGB), was (*Alters-*)*Vorsorgevollmachten* den Charakter eines Instituts in *Übergangssituation* verleiht und bei Zweifelsfragen die Handhabung prägen muss<sup>11</sup>.

## B. Systematische Einordnung und Typen der Vorsorgevollmacht

3. Die *Vollmacht* ist grundsätzlich formfreie, einseitige Willenserklärung des Vollmachtgebers, welche dem Bevollmächtigten im Rahmen des Grundverhältnisses zum Vollmachtgeber erlaubt, die von der Vollmacht erfassten (meist wirtschaftlichen) Geschäfte stellvertretend vorzunehmen (vgl. Art. 32 Abs. 1 OR). Eine durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung erlischt mit dem Verlust der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers, sofern aus der Anordnung des Vollmachtgebers («Vereinbarung»<sup>12</sup>) oder aus der Natur des Geschäfts nichts anderes hervorgeht (Art. 35 Abs. 1 OR). Entsprechendes gilt für den Auftrag (Art. 405 Abs. 1 ZGB), der als Verpflichtungsgeschäft zur Vornahme von Handlungen im Namen des Auftrag- bzw. Vollmachtgebers zum Grundverhältnis der Vollmacht hinzutritt<sup>13</sup>. Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung (zum Begriff vgl. unter Ziff. 5) sind auf Situationen zugeschnitten, bei welchen aufgrund krankheits- oder behinderungsbedingter Defizite eine zumindest vorübergehende Urteilsunfähigkeit (und damit Handlungsunfähigkeit, vgl. Art. 13 ZGB) eintritt. Ihre Gültigkeit auch *nach* Eintritt der Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers ergibt sich schon aus der Natur des Geschäftes, weshalb keine gegen Art. 27 ZGB verstossende «verdrängende Vollmacht» vorliegt<sup>14</sup>. Gerade weil «die höchstpersönlichen Rechte (...) dem Menschen in seiner Eigenschaft als Mensch» zustehen<sup>15</sup>, muss auch bei medizinischer Behandlung und ideellen Anliegen den Interessen des Urteils- bzw. Handlungsunfähigen zweckmässig und seinen

<sup>10</sup> Dazu allgemein B. Schnyder, Vormundschaft und Erbrecht, ZVW 54/1999 S. 93 ff.

<sup>11</sup> Was sich nicht nur auf das Vormundschafts-, sondern auch auf das Erbrecht bezieht: so ist der Tätigkeitsbereich eines bereits lebzeitig als Beistand oder «Gesundheitsvertreter» agierenden Willensvollstreckers tendenziell weiter zu fassen (indem ihm u. E. namentlich Vertretungsbefugnisse im Rahmen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes – wenn auch u. U. [vgl. aber Ziff. 9 a.E.] in notwendiger Absprache mit den Erben – zukämen); vgl. auch H. R. Künzle, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Zürich 2000, S. 187 f., 421 f. – Auch wenn *lebzeitige* und Anordnungen *von Todes wegen* zu unterscheiden sind (was W. Müller-Freienfels [Anm. 8], S. 68, betont), ist doch von einer gewissen *Kongruenz* der Willensäusserungen auszugehen.

<sup>12</sup> Es handelt sich dabei entgegen dem Wortlaut von Art. 35 Abs. 1 OR («Vereinbarung») um ein einseitiges Rechtsgeschäft, vgl. BK-Zäch, OR 35 N. 42.

<sup>13</sup> Zum Verhältnis von Vollmacht und Auftrag vgl. BK-Fellmann, OR 396 N. 42–82; J. Hofstetter, SPR VII/6, Basel/Gent/München 2000, S. 50 f.

<sup>14</sup> Ähnlich: O. Guillod/Ph. Meier, Représentation privée, mesures tutélaires et soins médicaux, in: FS Schnyder, Freiburg i. Üe. 1995, S. 325 ff., 335–338. Zur «verdrängenden Vollmacht» vgl. BK-E. Bucher, ZGB 27 N. 238, mit weiteren Nachweisen.

<sup>15</sup> BK-Zäch, Vorbem. OR 32–40 N. 76.

früheren Aussagen oder mutmasslichen Wünschen folgend entsprochen werden<sup>16</sup>. Deshalb rechtfertigt weder die Gefahr, dass die Handlungsunfähigkeit des Vollmacht- bzw. Auftraggebers einen Widerruf von Vollmacht oder Auftrag bei interessenwidriger Ausübung verunmöglicht, noch der Wortlaut von Art. 35 Abs. 1 OR die Annahme, dass der Wegfall der Handlungsfähigkeit *zwingender* Erlösungsgrund sei<sup>17</sup>.

4. Besondere Fragen stellt die *Vertretung bei absolut höchstpersönlichen Rechten* – Rechte, die einer Person «um ihrer Persönlichkeit willen» zustehen (Art. 19 Abs. 2 ZGB), besonders eng mit dem Individuum verknüpft sind und damit als *absolut vertretungsfeindlich* gelten<sup>18</sup>. Soweit eine Person bezüglich solcher Rechte *urteilsunfähig* ist, können diese demnach nicht ausgeübt werden, was bei diesbezüglicher dauernder Urteilsunfähigkeit faktisch zu fehlender Rechtsfähigkeit führt<sup>19</sup>. Die Abgrenzung zu den nur «*relativ höchstpersönlichen Rechten*»<sup>20</sup>, welche durch einen gesetzlichen oder rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter ausgeübt werden<sup>21</sup>, beruht auf einer Wertung des Einzelfalls unter Würdigung der Umstände (Art. 4 ZGB)<sup>22</sup>, wobei in die Beurteilung auch *Rechtsfolgeerwägungen*

<sup>16</sup> BK-Zäch, OR 35 N. 15.

<sup>17</sup> So aber BK-Zäch, OR 35 N. 16, 83, der dies mit der gesetzlichen Vertretungsmacht des Vormundes begründet, die eine gewillkürte Stellvertretung ausschliesse; dagegen wie hier BK-Fellmann, OR 405 N. 89; Guillod/Meier (Anm. 14), S. 340; Hofstetter (Anm. 13), S. 74 f.; H. M. Riemer, Willensvertretung bei Betagten, recht 16/1998 S. 21 ff., 21 f.; D. Schwab, Betreuung und private Fürsorge, in: FS Gernhuber, Tübingen 1993, S. 815 ff., 817 f.; OR-Weber, Art. 405 N. 5; OR-Watter, Art. 35 N. 2, 4; ZGB-Breitenschmid, Vorbem. Art. 467–636 N. 25; unklar: G. Steffen/O. Guillod, Landesbericht Schweiz, in: J. Taupitz (Hg.), Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, Berlin usw. 2000, N. CH 23. Zur grundsätzlich anderen Lage im amerikanischen Recht, wo spezielle Erlasse der einzelnen Bundesstaaten die Vertretungsmacht bei Urteilsunfähigkeit des Vertretenen garantieren, vgl. B. R. Furrow/Th L. Greaney/S. H. Johnson/T. S. Jost/R. L. Schwartz, Health Law. Cases, Materials and Problems, 3. A., St. Paul (Minn.) 1997, S. 1110 f. – Zu spezifischen Kontroll- bzw. Aufsichtsmechanismen unter Ziff. 13.

<sup>18</sup> BGE 117 II 7 E. 1b, 116 II 387 E. 4; ZGB-Bigler-Eggenberger, Art. 19 N. 37; Ch. Brückner, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, N. 192, 211; BK-E. Bucher, ZGB 19 N. 206 f.; J.-M. Grossen, SPR II/2, Basel 1967, S. 328; H. Hausheer/R. E. Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1999, N. 7.19; H. M. Riemer, Personenrecht des ZGB, Bern 1995, N. 79; ders., Die Vertretung bei der Ausübung von Rechten, die unmündigen oder unter einer Vormundschaft stehenden Personen «um ihrer Persönlichkeit willen» zustehen, ZVW 53/1998 S. 216 ff., 217; P. Tuor/B. Schnyder/J. Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. A., Zürich 1995, S. 79 f.; OR-Watter, Art. 32 N. 3; BK-Zäch, Vorbem. OR 32–40 N. 78.

<sup>19</sup> BGE 117 II 7 f. E. 1b, 116 II 387 E. 4, 114 Ia 362 E. 7b/bb; ZGB-Affolter, Art. 406 N. 51; A. Bucher, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. A., Basel/Gent/München 1999, N. 31, 173; BK-E. Bucher, ZGB 19 N. 206; Hausheer/Aebi-Müller (Anm. 18), N. 7.21; Grossen (Anm. 18), S. 333; ZGB-Leuba, Art. 407 N. 18; Riemer, Personenrecht (Anm. 18), N. 79 a. E.

<sup>20</sup> BGE 117 II 7 E. 1b; Brückner, Personenrecht (Anm. 18), N. 216; BK-E. Bucher, ZGB 19 N. 206 f.; ZGB-Bigler-Eggenberger, Art. 19 N. 37; Hausheer/Aebi-Müller (Anm. 18), N. 7.19, 7.21; Grossen (Anm. 18), S. 329; Riemer, Personenrecht (Anm. 18), N. 83; Tuor/Schnyder/Schmid (Anm. 18), S. 80.

<sup>21</sup> BGE 117 II 7 E. 1b, 114 Ia 362 f. E. 7b/bb; ZGB-Bigler-Eggenberger, Art. 19 N. 37; Brückner, Personenrecht (Anm. 18), N. 216; Hausheer/Aebi-Müller (Anm. 18), N. 7.19, 7.21; Riemer, Personenrecht (Anm. 18), N. 83; Tuor/Schnyder/Schmid (Anm. 18), S. 80.

<sup>22</sup> ZGB-Bigler-Eggenberger, Art. 19 N. 39; Riemer, Ausübung (Anm. 18), S. 217; BK-Schnyder/Murer, ZGB 392 N. 66.

einfließen<sup>23</sup>. So müsste etwa wegen der Tragweite für das Individuum die Einwilligung in einen invasiven<sup>24</sup> oder medikamentösen Eingriff absolut höchstpersönlicher Natur sein. Da eine solche Betrachtungsweise aber selbst eine lebensrettende Operation im mutmasslichen Interesse eines diesbezüglich vorübergehend oder dauernd Urteilsunfähigen ausschliesse, werden die aus Art. 28 ZGB fliessenden Persönlichkeitsrechte und insbesondere die Zustimmung zu Eingriffen in die physische Integrität allgemein den relativ höchstpersönlichen Rechten zugeordnet<sup>25</sup>. Nach verbreiteter Auffassung sind demnach auch höchstpersönliche Belange wie etwa *Gesundheitsfragen einer Vertretung zugänglich*<sup>26</sup>, was im Detail weiterer Ausführungen – und namentlich einer Loslösung von einer rein obligationenrechtlichen Betrachtungsweise – bedarf (vgl. dazu lit. C).

5. In der Praxis haben sich (in nicht durchweg gefestigter Terminologie) folgende Typen von *Vorsorgevollmachten* herausgebildet<sup>27</sup>:

a) Als *eigentliche Vorsorgevollmachten* gelten rechtsgeschäftliche Anordnungen, durch die einer bestimmten Vertrauensperson eine Vollmacht und meist auch ein Auftrag zu *umfassenden*, vermögens- und persönlichkeitsrechtliche Anordnungen berührenden Vorkehren im Namen des Auftrag- bzw. Vollmacht-

<sup>23</sup> Vgl. *Guillod/Meier* (Anm. 14), S. 339; *Riemer*, Ausübung (Anm. 18), S. 217. Vgl. auch BGE 117 II 7 f. E. 1b: «Qualifier un droit strictement personnel d'absolu revient à priver l'incapable de discernement de la jouissance de ce droit alors qu'en principe et dans les limites de la loi, chacun peut jouir de ses droits civils (art. 11 CC). Il y a donc lieu de n'admettre que restrictivement le caractère absolu d'un droit strictement personnel (...)».

<sup>24</sup> Darunter sind alle schweren Eingriffe in die persönliche Integrität des Patienten, namentlich durch Operation, aber auch durch Chemotherapie oder Bestrahlung zu verstehen: vgl. *Ch. Brückner*, Die Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffs in die körperliche Integrität gemäss Art. 28 Abs. 1 ZGB, ZSR 118/2000 I S. 451 ff., 452 Ziff. 4; *W. Wiegand*, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: *H. Honsell* (Hg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 167 f.

<sup>25</sup> BGE 114 Ia 362 E. 7b/bb; ZGB-Bigler-Eggenberger, Art. 19 N. 41; BK-E. *Bucher*, ZGB 19 N. 206, 230; *H. Deschenaux/P.-H. Steinauer*, Personnes physiques et tutelle, 3. A., Bern 1995, N. 228a, 588g; *Guillod/Meier* (Anm. 14), S. 338 f.; *Hausheer/Aebi-Müller* (Anm. 18), N. 7.25; *H. Hinderling*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, in: *ders.*, Ausgewählte Schriften, Zürich 1982, S. 74 mit Ziff. 3; *P. Tercier*, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984, N. 822, 837; *Riemer*, Personenrecht (Anm. 18), N. 82 f., *ders.*, Ausübung (Anm. 18), S. 217 f.; BK-Schnyder/Murer, ZGB 392 N. 71; differenzierend: *A. Bucher* (Anm. 19), N. 155 i. V. m. 153, 178, 218, 528; *Brückner*, Personenrecht (Anm. 18), N. 215, 593 ff.; *ders.*, Rechtfertigung (Anm. 24), S. 464; bezüglich der Sterilisation bejaht auch *C. Hegnauer*, Sterilisation geistig Behinderter, ZVW 55/2000 S. 25 ff., 26/Ziff. 3, unter gewissen Bedingungen und unter Beachtung des Mündelwohls die Möglichkeit der Einwilligung durch den (gesetzlichen) Stellvertreter; a. M.: *P. Saladin*, Grundrechte und Vormundschaft, ZVW 44/1989 S. 1 ff., 7.

<sup>26</sup> Vgl. § 1904 Abs. 1 Satz 1 BGB; explizit denn auch in der deutschen Doktrin: *Müller-Freienfels* (Anm. 8), S. 68, 70; *K. A. Prinz von Sachsen-Gessaphe*, Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige, Tübingen 1999, S. 272 f.; *Taupitz* (Anm. 1), A 96 f.; *U. Walter*, Die *Vorsorgevollmacht*, Diss. Regensburg, Bielefeld 1997, S. 189.

<sup>27</sup> So namentlich die Unterscheidung bei *A. Langenfeld*, *Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung und Patiententestament nach dem neuen Betreuungsrecht*, Diss. Konstanz 1994, aus schweizerischer Sicht *Guillod/Meier* (Anm. 14) S. 330–335, unterscheidend die vier Typen des *représentant surveillant*, *consentant*, «*omnipotent*» und *proposé*.

gebers erteilt wird<sup>28</sup>. Ein solcher Auftrag dürfte regelmässig die Anordnung von Vermögensschutzvorkehrungen, oft auch von solchen des Personenschutzes überflüssig machen oder zumindest eine innerhalb der vormundschaftlichen Stufenfolge<sup>29</sup> mildere Variante ermöglichen<sup>30</sup>. In diesen Bereich fallen z.B. nicht nur herkömmliche bankgängige Vermögensverwaltungsverträge, sondern auch die von «Family Offices» erbrachten Leistungspakete. Damit eine (vermögensrechtliche) Generalvollmacht zur Vorsorgevollmacht wird, bedarf es indes einer *durch Auslegung erkennbaren* Ausdehnung auf diesen Bereich<sup>31</sup>.

b) Als *Betreuungsvollmachten* gelten in der deutschen Doktrin demgegenüber rechtsgeschäftliche Anordnungen, mit denen die *Person* bestimmt wird, welche ein allfälliges vormundschaftliches Amt versehen soll, u. U. verbunden mit gewissen (eher punktuellen) Anordnungen für die Durchführung<sup>32</sup>. Es decken sich Betreuungsvollmachten weitgehend mit «Wünschen» nach Art. 381 ZGB (so dessen Randtitel), welchen in der Regel «Folge geleistet werden muss» (so der Text), und zwar auch bezüglich des Inhalts. In einer umfassenden Vorsorgevollmacht dürfte eine Betreuungsvollmacht als *minus* jeweils mitenthalten sein, weshalb in der Regel ein vormundschaftliches Mandat dem Bevollmächtigten zu übertragen ist.

c) Als *Patientenverfügung* werden vorsorgliche *Behandlungsrichtlinien* ihres Urhebers für den Fall seiner Urteilsunfähigkeit bezeichnet<sup>33</sup>. Die Terminologie ist gleichermassen unglücklich wie vielfältig<sup>34</sup> – namentlich ist der in *Patientenverfügung* (und noch krasser *Patiententestament*<sup>35</sup>) anklingende Bezug zu einer

<sup>28</sup> Die Vorsorgevollmacht geht auf die im angelsächsischen Recht seit längerem bekannte «durable power of attorney» zurück; vgl. dazu Anm. 37 sowie Furrow et al. (Anm. 17), S. 1109 ff.

<sup>29</sup> Vgl. dazu H. M. Riemer, *Grundriss des Vormundschaftsrechts*, 2. A., Bern 1997, § 7 N. 1 ff.; B. Schnyder, Die Stufenfolge vormundschaftlicher Massnahmen und die Verhältnismässigkeit des Eingriffes, ZVW 26/1971 S. 41 ff.

<sup>30</sup> Vgl. zur Umschreibung im deutschen Recht statt vieler Palandt/Diederichsen (59. A., München 2000), Einführung vor § 1896 BGB N. 8; Walter, Vorsorgevollmacht (Anm. 26), S. 9; Soergel/Zimmermann (13. A., Stuttgart 2000), § 1896 N. 76 ff.

<sup>31</sup> Unklar § 1904 Abs. 2 bzw. 1906 Abs. 5 BGB; zu Recht aber einen eigentlichen Formzwang bzw. eine explizite Äusserung in schriftlicher Form verneinend U. Walter, Das *Betreuungsrechtsänderungsgesetz* und das Rechtsinstitut der Vorsorgevollmacht, FamRZ 46/1999 S. 685 ff., 693. Zur Formfrage unter Ziff. 7.

<sup>32</sup> §§ 1897 Abs. 4, 1901 Abs. 2, 1901a BGB; vgl. statt vieler die Umschreibung bei Palandt/Diederichsen (Anm. 30), Einführung vor § 1896 BGB N. 9.

<sup>33</sup> Vgl. die ähnliche Umschreibung bei Brückner, Personenrecht (Anm. 18), N. 573 mit Fussnote 91; auch Steffen/Guillod (Anm. 17), N. CH 43 f.; sowie die SAMW-Richtlinien für die ärztliche Betreuung sterbender und zerebral schwerst geschädigter Patienten (Anm. 73), Ziff. II 3.3. Abs. 1, Ziff. II 3.4. Zu eng K. Reusser, Patientenwille und Sterbebeistand, Diss. Zürich 1994, S. 8, welche die Patientenverfügung in ausschliesslichen Zusammenhang mit dem individuellen Sterben setzt.

<sup>34</sup> Aus der schweizerischen Doktrin Reusser (Anm. 33), S. 101; Steffen/Guillod (Anm. 17), N. CH 43 f.

<sup>35</sup> So etwa das Bundesamt für Justiz, in: VPB 51 (1987) Nr. 44 S. 259 ff.; J. Schmid, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Habil., Freiburg i. Üe. 1992, N. 350; ZK-Schmid, OR 420 N. 58, und mit der Mehrheit der deutschen Doktrin auch Staudinger/Bienwald (13. A., Berlin 1999), § 1901a N. 7; Palandt/Diederichsen (Anm. 30), Einführung vor § 1896 BGB N. 10; W. Uhlenbruck, in: ders./A. Laufs, Handbuch des Arztrechts, 2. A., München 1999, § 58 N. 8 f.



Anordnung von Todes wegen nicht nur deshalb verfehlt, weil die Behandlungslinien naturgemäss noch zu Lebzeiten Beachtung finden müssen, sondern auch, weil sie sich durchaus *nicht ausschliesslich auf terminale Stadien* zu beziehen brauchen. Bei richtiger Betrachtung handelt es sich – der *auftragsrechtlichen* Natur ärztlichen Wirkens entsprechend<sup>36</sup> – um Kriterien wie die Behandlung nach der vom Auftraggeber «für die Besorgung des übertragenen Geschäftes (...) gegebenen [Vorschrift]» (Art. 397 Abs. 1 OR) «vertragsgemäss zu besorgen» ist (Art. 394 Abs. 1 OR)<sup>37</sup>. In einer Patientenverfügung können die Überwachung der Weisungen und allfällige ergänzende Entscheide einem sog. «Gesundheitsbeistand» übertragen werden<sup>38</sup>.

d) *Umfassende Vorsorge* setzt eine *Kombination* aller drei Aspekte, in der Regel verbunden mit *erbrechtlichen* Anordnungen voraus<sup>39</sup>.

## C. Ausgewählte Einzelfragen

6. Im *systematischen* Aufbau dem allgemeinen «*Verlauf*» einer *Vollmacht zu Betreuungszwecken* auf vorab nicht-wirtschaftlichem Feld folgend, drängen sich im Rahmen eines Querschnitts der typischerweise regelungsbedürftigen bzw. hauptsächlich problembeladenen Aspekte zu den folgenden Themen einige Hinweise auf:

<sup>36</sup> Wegen der traditionellen Einordnung der ärztlichen Tätigkeit bei den freien Berufen (*artes liberales*), dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien und seiner Charakterisierung als *contrat de moyens* (geschuldetes *Tätigwerden* oder *Wirken* beim Auftrag im Unterschied zum geschuldeten *Arbeitserfolg* beim Werkvertrag; eingehend zu dieser Terminologie: F. Werro, La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens..., ZSR 108/1989 I S. 253 ff.) wird das Verhältnis zwischen Arzt und Patient von h. L. und Rechtsprechung stets dem Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) zugeordnet, selbst wenn es etwa die Herstellung einer Zahnprothese (vgl. BGE 110 II 378 f. E. 1b) oder chirurgische Eingriffe (vgl. BGE 105 II 284 f. E. 1) mitumfasst. In diesem Sinn: BGE 120 II 250 E. 2c, 119 II 458 E. 2, 116 II 520 E. 2a, 114 Ia 358 E. 6; BK-Fellmann, OR 394 N. 185; P. Gauch, Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996, N. 44; H. Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, 5. A., Bern 1999, S. 261, 293; M. Kuhn, Die rechtliche Beziehung zwischen Arzt und Patient, in: Honsell (Anm. 24), S. 22 f.; teilweise a. M.: BK-Koller, OR 363 N. 209 ff. Im deutschen Recht wird der Arztvertrag überwiegend als Dienstvertrag verstanden, vgl. Uhlenbruck (Anm. 35), § 39 N. 10. Für das amerikanische Recht vgl. Furrow et al. (Anm. 17), S. 359 ff.

<sup>37</sup> *Vorrang des Selbstbestimmungsrechts und Anpassung an veränderte Sachlagen* finden in Art. 397 Abs. 1 OR in sehr moderner Form klaren Ausdruck; s. im Einzelnen BK-Fellmann, OR 397 N. 87 ff., zur *Bindung* an Weisungen, und OR 397 N. 101 ff. zur «*Pflicht zu denkendem Gehorsam*» des Beauftragten, sowie Hofstetter (Anm. 13), S. 100 ff. Im amerikanischen Recht garantieren spezielle (terminologisch allerdings ebenfalls irreführende) «*living will statutes*», «*right to die legislations*» oder «*natural death acts*» sämtlicher Bundesstaaten und des District of Columbia in unterschiedlichem Ausmass die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen («*living wills*»), vgl. Furrow et al. (Anm. 17), S. 1106. Deutlichsten Ausdruck findet das Prinzip in der *Zustimmungsbedürftigkeit nicht nur des Behandlungsabbruchs, sondern der Behandlung an sich*: vgl. Taupitz (Anm. 1), A 73.

<sup>38</sup> Zu dessen Befugnissen vgl. unter Ziff. 11.

<sup>39</sup> Langenfeld (Anm. 27), S. 184 f. spricht vom «*Vorsorgepaket*».

7. Verschiedentlich wird für die Errichtung einer Vorsorgevollmacht *Schrift-* oder gar *notarielle Form* empfohlen<sup>40</sup>. Dies erscheint zwar mit Blick auf die Beweisbarkeit *wünschbar*, ist aber von der Sache her nicht generell zwingend geboten<sup>41</sup>: Erschöpft sich die Formerfüllung nämlich im Ausfüllen oder gar blossen Unterzeichnen der vielfach angebotenen *Formulare* unterschiedlicher Provenienz<sup>42</sup>, besagt sie nichts über die *Urteilsfähigkeit* im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung<sup>43</sup>, und meist auch nicht, dass der Erklärungsurheber die Nuancen der Erklärungen gekannt und *bewusst* ein *bestimmtes* Formular gewählt hat. Während die Respektierung persönlichkeitsrechtlicher Anliegen gerade bei geschäftsunerfahrenen, älteren, geschwächten und wirtschaftlich nicht auf Rosen gebetteten Menschen nicht von der Erfüllung einer bestimmten, allenfalls noch mit Kosten verbundenen Form abhängen darf, kann andererseits nicht genug Wert darauf gelegt werden, dass nur ein mangelfrei gebildeter Wille des Vollmachtgebers schützenswert ist. Die *Willensbildung* erfordert deshalb besonderen Schutz, weil die vollmachtstypische Widerruflichkeit nach der Natur des Geschäfts meist ausge-

<sup>40</sup> Vgl. namentlich etwa *Langenfeld* (Anm. 27), S. 27–30, *Walter*, Vorsorgevollmacht (Anm. 26), S. 89–94; *Schmid* (Anm. 35), N. 354 ff., *Steffen/Guillod* (Anm. 17), N. CH 45, *Taupitz* (Anm. 1), A 100 f.

<sup>41</sup> Ähnlich: *Steffen/Guillod* (Anm. 14), S. 356, die sich de lege ferenda gegen die qualifizierte Schriftlichkeit aussprechen. Allgemein zur *Form(freiheit) auftragsrechtlicher Weisungen*: *BK-Fellmann*, OR 397 N. 68 f. Es sei daran erinnert, dass die nach wie vor überwiegende schweizerische Doktrin im vermögensrechtlichen Bereich die Vollmacht zum Abschluss eines formbedürftigen Geschäfts *nicht* der Form des abzuschliessenden Geschäfts unterwirft (statt vieler *P. Gauch/W. R. Schluep/J. Schmid*, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 7. A., Bd. I, Zürich 1998, N. 1349 f. mit weiteren Nachweisen), was zwar in der Tat diskutabel scheint (*BK-Zäch*, OR 33 N. 56 f.), aber keinesfalls dazu führen darf, die Verwirklichung persönlichkeitsrechtlicher Anliegen von einer Form abhängig zu machen. – Zu bedenken, dass hier nicht von erbrechtsumgehenden vermögensrechtlichen Vollmachten die Rede ist.

<sup>42</sup> Detaillierte Übersicht bei *J. Taupitz*, in: *ders.* (Hg.), Anm. 17), Anhang J. zum Landesbericht Deutschland, S. 416–489: Man ist versucht, von einem unwürdigen «Formularwildwuchs» zu sprechen, welcher den Kindervers bestätigt, dass man «Formulare von der Wiege bis zur Bahre» auszufüllen habe; vgl. ferner etwa bei *Langenfeld* (Anm. 27), S. 147–155, 170–172, 183 f.; zur Bedenklichkeit formularmässiger Anordnungen insb. auch *Schmid* (Anm. 35), N. 356 f. Für die Schweiz s. die Patientenverfügung des Schweizerischen Ärzteverbandes (in: Schweiz. Ärztezeitung 1990, S. 1339), und die *Exit*-Verfügungen (vgl. mit Hinweisen *Steffen/Guillod*, Anm. 17, N. CH 43–47; *ZGB-Breitschmid*, Vorbem. Art. 467–536 N. 24).

<sup>43</sup> Einmal mehr ist darauf hinzuweisen, dass notarielle Form – ebenso die vorgedruckte Floskel, man äussere sich «im Vollbesitz der geistigen Kräfte» – in Grenzfällen kaum verlässliche Anhaltspunkte über die Urteilsfähigkeit abgibt (indem äusserliche Auffälligkeiten die Beurkundung verhindern, umgekehrt Defizite überspielt werden können), während konkrete zeitliche und tatsächliche Bezüge zur Krankengeschichte oder gar ein *Mini Mental Status* weit aussagekräftiger wären (vgl. *ZGB-Breitschmid*, Art. 498 N. 9, *ders.*, Erbrecht, in: *P. Gauch/J. Schmid* (Hg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, S. 125 f. Fn. 43 a. E.); Beim MMSE (Mini-Mental State Examination) handelt sich um ein erprobtes, verbreitetes, objektives und einfach handhabbares Verfahren (vgl. *A. S. Henderson*, Prinzipien psychiatrischer Epidemiologie, in: *H. Helmchen* et al. [Hg.], Psychiatrie der Gegenwart, Bd. 1, 4. A., Berlin usw. 1999, S. 64 ff.; *R. A. Nixon/M. S. Albert*, Disorders of Cognition, in: *A. M. Nicholi* [Hg.], The Harvard Guide to Psychiatry, 3. A., Cambridge/London 1999, S. 328 ff., 334 f.), während juristische Umschreibungen quantitativer Wertung regelmässig ad absurdum führen, so z. B. die Ansätze bei *Sachsen-Gessaphe* (Anm. 26), S. 368–433. Auch hier empfiehlt es sich, Entscheidungen Gremien und nicht Einzelnen zu überantworten (vgl. hinten unter Ziff. 11 d. insbes. Anm. 97).

schlossen, zumindest aber erheblich beeinträchtigt sein dürfte<sup>44</sup>. Die Legitimation der Berücksichtigung eines *persönlichen* Willens (statt der überwiegenden gesellschaftlichen Ansichten) über medizinische Behandlung, persönliche Betreuung und Sterben liegt in entsprechenden *persönlichen Überlegungen*, einem darauf gegründeten Entscheid<sup>45</sup> und dessen *Mitteilung* (Ziff. 9).

Die *besondere Situation der Meinungsbildung* ist zu beachten: Ein in früheren Lebensphasen getroffener Entscheid kann durch *Zeitlauf* – die eigene Lebensentwicklung oder medizinische Fortschritte – überholt werden<sup>46</sup>; ein erst im Vorfeld schwieriger medizinischer Behandlung anstehender Entscheid ergeht, allerdings möglicherweise nicht mehr im Vollbesitz der geistigen Kräfte. Willensbildung und Willenskontinuität sind zu prüfen; im Einzelfall kann eine Vertretung in persönlichkeitsrechtlichen Belangen akzeptiert, eine solche in vermögensrechtlichen Belangen (jedenfalls solchen grösserer Tragweite oder irreversibler Art) hingegen als nicht mehr vom Willen des Vollmachtgebers gedeckt betrachtet werden. Zu bedenken ist allerdings, dass auch gesundheitlich beträchtlich geschwächte Patienten bei chronischem Krankheitsbild und -verlauf in der Regel gut informiert sind<sup>47</sup>; zudem empfinden auch intellektuell geschwächte Menschen nach wie vor Gefühle und können deshalb verbindlich Wünsche deutlich machen, wem sie z.B. Entscheide über ihre weitere Behandlung anvertrauen möchten<sup>48</sup>, während die Tragweite wirtschaftlicher Anordnungen u. U. im gleichen Zeitpunkt nicht (mehr) überblickt werden kann.

Der *Widerruf* gilt einhellig als *formfrei*<sup>49</sup> und kann auch *konkludent* – z.B. durch Sich-Wehren gegen eine Behandlung – erfolgen<sup>50</sup>. Die Wiedererlangung der Entscheidautonomie lässt einmal getroffene Anordnungen «ruhen».

Als *Ergebnis* bleibt festzuhalten, dass weder Praxis noch gesetzgeberische Regelungen die Gültigkeit persönlichkeitsrechtlicher Anordnungen von der Erfül-

<sup>44</sup> Vgl. im Einzelnen unter Ziff. 12, 13.

<sup>45</sup> Einem *Entscheid*, welcher aber durchaus die bewusste, aufgeklärte *Delegation* der im weiteren Behandlungsverlauf anstehenden Entscheide seitens des urteilsfähigen Patienten an den behandelnden Arzt enthalten kann.

<sup>46</sup> Verdient als *explizite* Äusserung einer Person, welche sich der *Problematik* (und damit auch der Möglichkeit/Notwendigkeit der *Abänderung* einer solchen Erklärung) bewusst ist, aber auch unter leicht veränderten Zeitumständen nach wie vor vorbehaltlose Beachtung: S. detailliert zum Problem antizipierter Entscheide «auf Vorrat» in gesunden Tagen *Taupitz* (Anm. 1), A 111–117; ferner unter Ziff. 11 lit. c.

<sup>47</sup> Trotz gewichtiger Bedenken u. E. diesbezüglich zu pessimistisch *Schmid* (Anm. 35), N. 357; vgl. z. B. *Sachsen-Gessaphe* (Anm. 26), S. 379. In medizinischen Belangen ist davon auszugehen, dass ein einmal erfolgter informed consent (dazu hinten mit Anm. 76 f.) insofern «fortwirkt», als bei früher erteilter Genehmigung für deren Aufrechterhaltung nicht mehr jenes Mass an Urteilsfähigkeit zu fordern ist wie bei der ursprünglichen Erklärung.

<sup>48</sup> Es gelten in diesem Bereich die in BGE 109 II 276 ff. E. 2–6 zur Urteilsfähigkeit einer Heiratswilligen gemachten sehr feinfühligsten Überlegungen: Die Urteilsfähigkeit ist relativ und kein absoluter Begriff: BGE 124 III 8 E. 1a, 118 Ia 238 E. 2b, 117 II 231 E. 2, 111 V 61 E 3a, 108 V 128 E. 4b, 98 Ia 325 f. E. 3, 90 II 12 E. 3; ZGB-Bigler-Eggenberger, Art. 16 N. 34 ff.; BK-E. Bucher, ZGB 16 N. 90 ff.; Steffen/Guillod (Anm. 17), N. CH 20.

<sup>49</sup> *Taupitz* (Anm. 1), A 103, A 115; *Müller-Freienfels* (Anm. 8), S. 69.

<sup>50</sup> *Walter*, Betreuungsrechtsänderungsgesetz (Anm. 31), S. 692.

lung einer bestimmten Form abhängig machen dürfen und die Beurteilung des konkreten Einzelfalls stets von den *konkreten* Umständen (nämlich der bekannten – oder Anhaltspunkten für eine gewandelte – Einstellung des Betroffenen, dem Zeitpunkt und dem Rahmen der Anordnung, dem jeweiligen Inhalt bzw. der konkreten Tragweite) abhängt. Dies mag zwar die Absehbarkeit des Entscheids beeinträchtigen; allein solches Vorgehen erlaubt aber, sowohl dem *Schutzbedürfnis* als auch den *effektiven Wünschen des Betroffenen* gerecht zu werden, dessen wie auch immer bekannt gewordene *persönlichkeitsrechtliche* Anliegen zu *beachten* sind, und welche lediglich bei fehlender oder nicht genügender Ausdrücklichkeit riskieren, unbeachtet zu bleiben bzw. «objektiviert» zu werden.

8. Aus praktischer Sicht bleibt zu bedenken, dass die *Errichtung* einer Anordnung nur das eine und deren *Umsetzung* das Entscheidende ist, indes von *Kenntnis* der Anordnung abhängt, weshalb eine *Registrierung oder Einlieferung* einschlägiger Dokumente geboten ist (vgl. § 1901a BGB)<sup>51</sup>.

Dies bedeutet wiederum *nicht*, dass die Registrierung gewissermassen *Gültigkeitserfordernis* wäre; vielmehr haben die an der Errichtung *beruflich* Mitbeteiligten (rechtliche Berater, Arzt, Spital oder Heim) eine vertragliche Schutzpflicht<sup>52</sup> gegenüber dem Erklärungsurheber und dafür zu sorgen, dass solche Anordnungen zweckmässig – im Blick auf ihre dereinstige Umsetzung – aufbewahrt werden (vgl. Art. 504, Art. 505 Abs. 2 ZGB), während *Angehörige* (teilweise auch *Dritte*) ihnen bekannte Anordnungen entweder direkt gegenüber den beteiligten Behandlungsträgern, u. U. im Sinne einer *Anzeige der Betreuungsbedürftigkeit* gegenüber vormundschaftlichen Behörden (vgl. Art. 369 Abs. 2 ZGB<sup>53</sup>) oder durch Intervention aus eigenem (Persönlichkeits-)Recht (vorab aber auch mit Blick auf ihre diesfalls aus Art. 272 ZGB folgende Garantenstellung<sup>54</sup>) geltend zu machen haben.

Gleichermassen bedeutet eine Registrierung selbstredend nicht, dass medizinische (Notfall-)Behandlung künftig nur noch nach Konsultation eines «Patiententestamentsregisters» geleistet werden dürfte: Zwar hat der Arzt die ihm zur

<sup>51</sup> A. M. *Guillod/Meier* (Anm. 14), S. 359 f. Die Analogie zu Art. 556 Abs. 1 ZGB liegt jedoch auf der Hand. Wer berufsmässig bzw. beratend handelt, übernimmt automatisch eine vertragliche Nebenpflicht (ZGB-Karrer, Art. 556 N. 22 per analogiam), während die Sanktion von Art. 540 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB (Erbunwürdigkeit) nur dann eintreten dürfte, wenn die Nicht-Einlieferung die Umsetzung mitenthaltener Anordnungen von Todes wegen vereitelt oder die Unterdrückung der Anordnungen bei gleichzeitig fehlender Testier- bzw. Selbstbestimmungsfähigkeit des Erblassers Auswirkungen hat, welche zu Erbunwürdigkeit praeter legem führen (vgl. ZGB-Schwander, Art. 540 N. 4).

<sup>52</sup> *Taupitz* (Anm. 1), A 119; *Müller-Freienfels* (Anm. 8), S. 64 f. Die *Sonderverbindung* ergibt sich hier regelmässig aus der spezifischen Materie (Persönlichkeitsnähe und Erteilung eines Auftrags im Blick auf die eigene Handlungsunfähigkeit hin: vgl. vorne Ziff. 3/4); zum Grundsatz *P. Gauch/W. R. Schluep/J. Schmid/H. Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 7. A., Bd. I/II, Zürich 1998, N. 928 f. und 2619.

<sup>53</sup> Zu Anzeigerecht bzw. -pflicht sowohl von Amtsstellen wie namentlich auch Privater s. BK-Schnyder/Murer, ZGB 369 N. 177, ZGB 373 N. 83 und ff.; ZGB-Geiser Art. 373 N. 7 f.

<sup>54</sup> BK-Hegnauer, ZGB 272 N. 29. Zur Legitimation «nahestehender» Dritter vgl. Art. 397d Abs. 1 ZGB.

Kenntnis gelangenden Anordnungen grundsätzlich<sup>55</sup> umzusetzen und konkreten Anhaltspunkten für das Vorhandensein einschlägiger Äusserungen<sup>56</sup> nachzugehen, im Übrigen aber medizinische vor administrative Gesichtspunkte zu stellen (vgl. auch § 1904 Abs. 1 Satz 2 BGB).

9. *Eignung* bzw. *Person des Vertreters* hängen ab von den konkreten Aufgaben (blosser «Gesundheitsbeistand» oder weitläufig verschlungene Vermögensverhältnisse), dem Umfeld (konkurrierende Interessen von Angehörigen), aber auch einer gewissen emotionalen Übereinstimmung mit dem Vertretenen. «Allgemeine Lebenstüchtigkeit» steht vor Rechtskenntnissen<sup>57</sup>.

Das Gesetz räumt privaten Anliegen Vorrang ein: Zwar steht bei vormundschaftlichen Mandaten die *Eignung* im Vordergrund (Art. 379 ZGB), doch besteht ein Vorrecht Angehöriger (Art. 380 ZGB) und sind *Wünsche* des Betroffenen nach Möglichkeit zu berücksichtigen (Art. 381 ZGB). *Eignung* und *Wünsche* können unter den spezifischen Umständen vorsorgender Vorkehren kollidieren: Während persönlichkeitsrechtliche Entscheide naheliegenderweise (aber je nach den Lebensumständen durchaus nicht zwingend) von Verwandten wahrgenommen und diese üblicherweise als zur Vertretung stillschweigend oder gesetzlich (vgl. Art. 397d ZGB zu den Befugnissen – jeglicher! – nahestehender Person) legitimiert betrachtet werden, können bei vermögensrechtlichen Dispositionen (selbst blossen Verwaltungsentscheiden, etwa im Zuge von Wohnungsräumung, Vermietung von Liegenschaften u.ä.) *Interessenkonflikte* resultieren. Interessenkonflikte sind aber auch bei medizinischen Behandlungsentscheiden (lebensverlängernde Massnahmen) durchaus nicht auszuschliessen. Hinzu kommt, dass die engsten persönlich Vertrauten meist der Generation des zu Betreuenden angehören und damit nicht gesichert ist, dass die Vertretung auch effektiv ausgeübt wird. Dies sind Gründe, welche trotz der Persönlichkeitsnähe mindestens bei umfassenden Mandaten nahelegen, dass professionelle, mit den Verhältnissen vertraute Vertreter (Banken, Treuhänder, Anwälte) bestimmt werden<sup>58</sup>; da solche zu persönlichkeitsrechtlichen Entscheiden nicht aus eigener Verantwortung legitimiert sind, erweisen sich hier ausreichend detaillierte Anordnungen des Betroffenen jedenfalls dann als unumgänglich<sup>59</sup>, wenn die Entscheidungsbefugnis von

<sup>55</sup> Als für sein Handeln verbindliche Weisungen des Auftraggebers: S. im Einzelnen die Hinweise vorne Anm. 37.

<sup>56</sup> Aufgrund von Hinweisen der Angehörigen, dem Wissen um eine bestimmte Religionszugehörigkeit des Patienten (z. B. aus Formularen bei Spitaleintritt: soeben Anm. 51) o.ä.

<sup>57</sup> Vgl. *Langenfeld* (Anm. 27), S. 60–74.

<sup>58</sup> Vgl. zu Interessenkonflikten etwa *Müller-Freienfels* (Anm. 8), S. 53, *Langenfeld* (Anm. 27) S. 72 f. sowie unten Ziff. 13. Gewisse Parallelen zur Willensvollstreckung lassen sich nicht wegdiskutieren: vgl. vorne Anm. 11 (mit dem Hinweis, dass in komplexen bzw. persönlich belasteten Verhältnissen auch Miterben-Willensvollstreckung erfahrungsgemäss problematisch ist). Selbstverständlich sind aber beliebige Dritte (und selbst urteilsfähige Handlungsunfähige) zur Vertretung in persönlichkeitsrechtlichen Anliegen berechtigt; s. *Steffen/Guillod* (Anm. 17), N. CH 23.

<sup>59</sup> Und erweisen sich (Formular-)Anordnungen trotz ihrer kritischen Beurteilung in vorstehender Anm. 42 als geboten (wobei gerade professionelle Berater darauf zu achten haben, dass die Verbindlichkeit – z.B. durch zweckmässige Vorkehren im Sinne der Ausführungen in Anm. 43 – gewährleistet ist).

Angehörigen ausgeschlossen werden soll. Zweifelhaft erscheint demgegenüber die «Unterwerfung» unter Heimmitarbeiter u.ä.<sup>60</sup>

10. Verbunden mit der Frage nach Person und Eignung des Vertreters ist jene nach dem *Tätigkeitsbeschrieb*. Die Umstände ähneln in Manchem der Willensvollstreckung: Auch eine Generalvollmacht verleiht zwar umfassende Befugnisse, darf aber nur im Rahmen der Interessen des Vertretenen ausgeübt werden. Ob eine in der Generalvollmacht enthaltene Vorsorgevollmacht überhaupt und in welchem Sinne wahrgenommen werden soll und darf, hat der Natur des Entscheides wegen zwar der gerade dafür bestimmte Bevollmächtigte zu beurteilen, dabei aber die konkreten Verhältnisse zu würdigen und zunächst nur unaufschiebbare bzw. möglichst reversible Anordnungen zu treffen; nur bei absehbar längerer Dauer und Vertrautheit mit den Verhältnissen rechtfertigt sich ein erweiterter Handlungsbereich<sup>61</sup>. Im Einzelnen ist die Aufgabenstellung so vielfältig, wie das Leben nur spielen kann; zudem befinden sich gewisse Rahmenbedingungen im Umbruch (so etwa die Einstellung zur Sterbehilfe, wobei allerdings sogleich darauf hinzuweisen ist, dass die Vertretung ja nicht der Durchsetzung objektiver, sondern – soweit sie bekannt sind – der subjektiven Anliegen dienen soll), weshalb keine andern als die Schranken von Art. 19/20 OR und des Strafrechts zu beachten, umgekehrt aber die bekannten Anliegen des Auftraggebers verbindlich sind, ausser es liege eine *clausula rebus sic stantibus*-Situation<sup>62</sup> vor.

Die *Befugnisse des Vertreters* beschränken sich bezüglich nicht konkret vom Auftraggeber festgelegter Gegebenheiten auf *üblicherweise* unter den gegebenen Umständen *anstehende Entscheide*, weshalb selbst bei Vorliegen einer *Generalvollmacht* eine Aussenwirkung überschüssender Anordnungen des Vertreters nur gegenüber gutgläubigen Dritten eintritt (vgl. sinngemäss Art. 459 OR<sup>63</sup>). Ob z.B. eine *Wohnungsauflösung* (bereits) opportun<sup>64</sup>, eine Verlegung in ein *anderes Heim* geboten, eine Rückführung spekulativer *Vermögensverwaltungsanordnungen* auf eine konservativere Anlagestrategie<sup>65</sup> angezeigt sei, beurteilt sich mit der

<sup>60</sup> Vgl. *Walter*, Betreuungsrechtsänderungsgesetz (Anm. 31), S. 688 – dies umso mehr, als die beschränkte Mobilität Heimbewohner ohnehin in ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis zu ihrem «Vermieter» und dessen Organen und Hilfspersonen bringt (vgl. auch Anm. 82).

<sup>61</sup> Zu den Verwaltungsbefugnissen des Willensvollstreckers mit Abgrenzungen nach ähnlichen Kriterien *P. Breitschmid*, Behördliche Aufsicht über den Willensvollstreckter, in: *Druey/Breitschmid* (Hg.), Willensvollstreckung, Bern/Stuttgart/Wien 2001, S. 149 ff., 159–168 sinngemäss.

<sup>62</sup> D. h. eine Anpassung an massgeblich veränderte, bei der Abrede so nicht bedachte Verhältnisse: zum Begriff allgemein: *ZK-Baumann*, ZGB 2 N. 443 ff.; *Gauch/Schluep/Schmid* (Anm. 41), N. 1280 ff.

<sup>63</sup> Aus rechtsgeschäftsplanerischer Sicht ist allerdings zu bedenken, dass die private Vorsorgevollmacht als Instrument des Obligationenrechts ausserhalb der vormundschaftsspezifischen Typengebundenheit steht, welche die Wirkung von Massnahmen auch unbeteiligten Dritten gegenüber eintreten lässt; vgl. *Riemer*, Grundriss (Anm. 29), § 3 N. 8 f.

<sup>64</sup> Hinweise auf übereiltes Vorgehen in dieser Frage bei *Zenz* (Anm. 5), S. 487, namentlich *R. Coepicus*, Das Betreuungsgesetz schützt Betroffenen nicht, *FamRZ* 40/1993 S. 1017 ff.

<sup>65</sup> Mit dem Bemerken, dass auch vormundschaftliche Vermögensverwaltung (nur) eine die konkreten Verhältnisse berücksichtigende «Mündelsicherheit» zu gewährleisten hat: *Verwaltungs-*

gebotenen Zurückhaltung vor irreversiblen, die Befindlichkeit des Vertretenen bei einer auch nur vorübergehenden Besserung seines Zustands berührenden Anordnungen; ob also die Wohnung trotz Aufenthalts in einer stationären Einrichtung schon zu räumen sei, hängt ab von den wirtschaftlichen Möglichkeiten des Vertretenen<sup>66</sup> und den Chancen einer – vielleicht auch nur vorübergehenden – Rückkehr (zum «Abschiednehmen»). Der Inhalt der einem (General-)Bevollmächtigten übertragenen *persönlichkeitsrechtlichen* Bestimmungsbefugnisse ist nach allen bekannten Anhaltspunkten (Ziff. 7) zu ermitteln; alle Beteiligten sind allerdings befugt (und bei einem beruflich versehenen Mandat auch verpflichtet), eine Gefährdung gesundheitlicher oder vermögenswerter Interessen des Betroffenen, welche von ihrem Mandat nicht erfasst sind, gegenüber den vormundschaftlichen Behörden anzuzeigen.

Je nach *persönlicher Nähe des Vertreters zum Vertretenen* (Dauer und Art der früheren Beziehung) ist der subjektive Ermessensspielraum des Vertreters enger oder weiter: Der *Vorrang persönlicher vor amtlicher Betreuung* (bzw. das vormundschaftsspezifische Prinzip der Subsidiarität<sup>67</sup>) gebietet, dem *privaten Mandatsträger* einen *weiteren Spielraum* in Wahrnehmung und Interpretation persönlichkeitsrechtlicher Anliegen zu gewähren als einem amtlichen, wenn er sich aufgrund seiner *spezifischen* Kenntnisse der Anliegen des Betreuten in dessen Situation zu setzen vermag<sup>68</sup> (uneigennütziges Handeln selbstverständlich vorausgesetzt<sup>69</sup>).

mission des Obergerichts des Kantons Zürich, Anlage und Hinterlegung von Mündelvermögen, ZVW 55/2000 S. 60 ff.

<sup>66</sup> Und nicht den optimierten Interessen seiner Erben!

<sup>67</sup> Zur Subsidiarität (bzw. Komplementarität) behördlicher Anordnungen bei bestehenden privaten Vorkehrungen vgl. etwa Müller-Freienfels (Anm. 8), S. 42 f., 52; Sachsen-Gessaphe (Anm. 26), S. 248 ff.; Schwab (Anm. 17), S. 819–823; Zenz (Anm. 5), S. 485; Steffen/Guillod (Anm. 17), N. CH 28; Guillod/Meier (Anm. 14) S. 341–344; bzw. als allgemeinen vormundschaftsrechtlichen Grundsatz: BK-Schnyder-Murer, Syst. Teil N. 265; ZGB-Langenegger, Vorbem. Art. 360–456, N. 8; ZGB-Breitschmid, Art. 386 N. 1.

<sup>68</sup> So liesse sich z. B. bei adäquaten Vorkehrungen vertreten, mit dem Vollmachtgeber noch eine für dessen Gesundheit strapaziöse Reise zu unternehmen, wenn er diesen Wunsch (z. B. ein ausgewandertes Kind zu besuchen) äussert oder stets geäussert hatte, auch wenn dies ausserhalb des Pflichtenhefts eines Altersbeistands im Sinne von Art 392/393 ZGB liegt, und selbst wenn ein beträchtliches Gesundheitsrisiko bestehen mag.

<sup>69</sup> Die Praxis lehrt, dass wohlmeinende Erbschleicher ihre Jagdgründe durchaus schon zu Lebzeiten abweiden: so z. B., wenn wöchentlich zwei feierabendliche Fahrten an den Bodensee zum Fischessen mit der dort lebenden Betreuten von einem Handwerker zu einem Stundenansatz von Fr. 150.– (je für Betreuer und dessen Ehegattin) zuzüglich Fisch, Wein und Autokilometer verbucht werden, die Betreute aber in einem fortgeschrittenen dementen Stadium diese Besuche kaum mehr wahrgenommen haben dürfte (mag man noch darauf hoffen, dass die Betreute die Liebe des fischessenden Besuchs empfunden hatte, so dürfte dies bei den vom gleichen Betreuer zu einem Pauschalansatz von jeweils Fr. 50.– erledigten Telefonaten – etwa Terminvereinbarungen mit dem Abfuhrwesen betreffend Abtransport von Sperrgut – kaum mehr der Fall gewesen sein: Zur Überwachung von Betreuern unter Ziff. 13, zur Honorierung Ziff. 14).

11. Der Tätigkeitsbereich hängt allerdings massgeblich ab von (vorgehenden) *individuellen Auftragsumschreibungen*, aber auch *zwingenden Rahmenbedingungen*.

a) *Individuelle Anordnungen* sind beliebig, dürfen allerdings nicht dazu führen, dass der Auftraggeber zwingend geschützte höchstpersönliche Interessen ohne konkrete sachliche Rechtfertigung preisgibt, indem er z.B. *pauschale Ermächtigungen* erteilt (etwa im Voraus der Einweisung in eine Klinik zustimmt: die Zustimmung wäre jederzeit widerrufbar und auch ein Gesundheitsbeistand nicht gebunden), sich seiner *Kontaktrechte* begibt (durch Zustimmung zu persönlichkeitswidrigen Heimordnungen; dazu sogleich lit. b a.E.) oder überhaupt *unwiderrufliche* Erklärungen abgibt oder auf *vormundschaftsbehördlichen Schutz* generell verzichtet (unten Ziff. 13).

b) Auch wenn der durch Vollmacht rechtsgeschäftlich bestellte *Gesundheitsbeistand* den Urteilsunfähigen in Gesundheitsangelegenheiten (als *höchstpersönlichen* Rechten: Ziff. 5) vertritt, ist das Bestimmungsrecht eingeschränkt, da sich aus der *Unterbringung* des Betroffenen unterschiedliche Verhältnisse ergeben können: Die einschlägigen Regeln des *Privatrechts* (insb. Art. 28 ZGB)<sup>70</sup> gelten nur in privaten Institutionen (Privatspital, Seniorenresidenz usw.); Patienten staatlicher oder vom Staat unterstützter Institutionen des Gesundheitswesens (öffentlichrechtliche Spitäler, Altersheime usw.) stehen demgegenüber grundsätzlich in einem *Sonderstatusverhältnis* des öffentlichen Rechts<sup>71</sup>, womit der aus

<sup>70</sup> Brückner, Rechtfertigung (Anm. 24), S. 451 f.; H. Hausheer, Unsorgfältige ärztliche Behandlung, in: Th. Geiser/P. Münch (Hg.), Schaden – Haftung – Versicherung, Basel/Genf/München 1999, N. 15.67.

<sup>71</sup> Ob die Rechtsstellung des Patienten öffentlichem oder privatem Recht unterliegt, ist im Einzelfall anhand der konkreten Ausgestaltung der Benutzerordnung zu entscheiden. Bei der unmittelbaren Verfolgung eines öffentlichen Zwecks und der einseitigen Festsetzung von Tarifen und Benützungsgesetzen gelangt allgemein *öffentliches Recht* zur Anwendung, welches ein *Sonderstatusverhältnis* begründet (vgl. BGE 109 Ib 152 ff. E. 3, 105 II 236 E. 2; M. Imboden/R. Rhinow/B. Krähenmann Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I/II, 6. A., Basel/Frankfurt a. M. 1986/1990, Nr. 65 B III/Nr. 139 I; U. Häfelin/G. Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. A., Zürich 1998, N. 1052 ff.). Diese Kriterien sind in der Regel bei öffentlichen Institutionen des Gesundheitswesens erfüllt, da «die Behandlung von Patienten in einem öffentlichen Spital (...) nicht als gewerbliche Verrichtung im Sinne von Art. 61 Abs. 2 OR, sondern als Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe» gilt, «und zwar selbst dann nicht, wenn der Patient der Aufnahme ins Spital zugestimmt hat und dafür eine Vergütung leistet, sein Rechtsverhältnis zum Spital also einem Vertrag gleicht» (BGE 115 Ib 179 E. 2); in diesem Sinn: BGE 122 III 104 E. 2a/aa, 111 II 151 E. 3a, 111 Ia 237 f. E. 5b/bb, 102 II 47 E. 2a; V. Bühler-Stierlin, Das Altersheim im Kanton Zürich. Diss. Zürich 1994, S. 22; J. Gross, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Bern 1995, S. 104 f.; Häfelin/Müller, a.a.O., N. 1061; Hausheer (Anm. 70), N. 15.68; T. Jaag, Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, N. 3128; ders./M. Rüssli, Sterbehilfe in staatlichen Spitälern. Kranken- und Altersheimen, ZBl 2001 Heft 3, Ziff. IV. A. 2; B. Knapp, Précis de droit administratif, 4. A., Basel/Frankfurt a. M. 1991, N. 2690. Das durch öffentliches Recht begründete Sonderstatusverhältnis ändert nichts an der Qualifikation des *Heilbehandlungsvertrags* des Arztes als (*privatrechtlicher*) Auftrag (BK-Fellmann, OR 394 N. 188). Für die *Haftung* ist kantonales Recht massgebend, wobei die Zusammenarbeit mehrerer beamteter Ärzte mit teilweise spezifischen medizinischen Verantwortlichkeiten oder ein staatlicher Leistungsauftrag an eine Privatklinik (BGE 122 I 156 f. E. 2e) sowohl bei Privat- oder Halbprivatabteilungen als auch bei Beleg- oder Konsiliarärzten und



dem Grundrecht der *Persönlichen Freiheit* (Art. 10 Abs. 2 BV) fließende «verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz»<sup>72</sup> sowie die einschlägigen Normen des kantonalen öffentlichen Rechts<sup>73</sup> anwendbar sind. Privates wie öffentliches Recht garantieren die Selbstbestimmung sowie den Schutz der physischen und psychischen Integrität mit gewissen Nachwirkungen über den Tod hinaus<sup>74</sup> als der Rechtsordnung innewohnenden gemeinsamen Grundwerten<sup>75</sup>. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass sowohl in privat- als auch in öffentlichrechtlichen Beziehungen ein invasiver oder medikamentöser Eingriff grundsätzlich nur dann gerechtfertigt ist, wenn der aufgeklärte Patient gültig eingewilligt hat (sog.

bei von Chefarzten behandelten Patienten an öffentlichen Spitälern im Sinne einer für den Patienten transparenten Lösung (vgl. den Hinweis in BGE 122 III 105 E. 2a/bb auf einen unpublizierten Entscheid vom 18. April 1989) tendenziell zur Anwendung *öffentlichen Rechts* führt; vgl. BGE 122 I 156 E. 2e, 115 Ib 179 E. 2, 112 Ib 337 f. E. 2c; BK-Brehm, OR 61 N. 32; Brückner, Rechtfertigung (Anm. 24), S. 451 f.; Hausheer, (Anm. 70), N. 15.68, 15.69; H. Honsell, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. A., Zürich 2000, § 14 N. 14; Kuhn (Anm. 36), S. 50, 52 ff.; ZK-Marti, ZGB 6 N. 196; H. Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. A., Zürich 1998, N. 128; kritisch zur extensiven Auslegung der «amtlichen Verrichtung» (Art. 61 OR): E. W. Stark, Einige Gedanken zur Haftpflicht für staatliche Verrichtungen, SJZ 86/1990 S. 1 ff., 5 f., 8. Der Vorentwurf zu einem Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts (widergegeben in: SVZ 65/1997 S. 47 ff.) sieht in Art. 3 und 4 im Grundsatz die Unterstellung staatlicher Tätigkeit unter privates Haftpflichtrecht vor; kritisch dazu Gross, a.a.O., S. 112 ff. Ebenfalls *kantonales Recht* ist massgebend für *finanzielle Forderungen* aus privatärztlicher Tätigkeit an öffentlichen Spitälern, wobei hier meist *Privatrecht* anwendbar ist (vgl. etwa § 2 Abs. 2 der Zürcher Patientenrechtsverordnung, LS 813.13).

<sup>72</sup> J. P. Müller, Grundrechte (Anm. 4), S. 7 a. E., «in terminologischer Anlehnung an das Privatrecht».

<sup>73</sup> Im Kanton Zürich die in Anm. 71 a.E. erwähnte Patientenrechtsverordnung (ein Entwurf für ein Patientenrechtsgesetz befindet sich derzeit in Vernehmlassung), im Kanton Bern namentlich das Dekret über die Rechte und Pflichten der Patientinnen und Patienten in öffentlichen Spitälern (Patientendekret) vom 14. Februar 1989 (BSG 812.121.11) und im Kanton Genf insbesondere le loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients vom 6. Dezember 1987 (RS K 1 80). Durch die häufig pauschale Verweisung kantonalen öffentlichen Rechts auf die einschlägigen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), vgl. etwa § 9 Abs. 2, § 21 Abs. 4 und § 24 der Zürcher Patientenrechtsverordnung, geniessen diese faktisch gesetzesähnliche Autorität, was das Bundesgericht grundsätzlich für zulässig hält, vgl. BGE 123 I 127 ff. E. 7c; zu Recht kritisch zu dieser Rechtssetzung durch eine private Stiftung: J. P. Müller, Grundrechte (Anm. 4), S. 63. Im hier besprochenen Kontext relevant sind insbesondere die «Medizinisch-ethischen Richtlinien für die ärztliche Betreuung sterbender und zerebral schwerst geschädigter Patienten» vom 24. Februar 1995 (deutsch: <www.samw.ch/d/pdf/sterbehilfe.pdf>; französisch: <www.samw.ch/f/pdf/F\_sterbehilfe.pdf>) und die «Medizinisch-ethischen Richtlinien zu Grenzfragen der Intensivmedizin» vom 3. Juni 1999 (deutsch: <www.samw.ch/d/pdf/Intensivmedizin.pdf>; französisch: <www.samw.ch/f/pdf/F\_intensivmed.pdf>) relevant.

<sup>74</sup> Für das Privatrecht: BGE 116 II 521 f. E. 3b, 108 II 61 E. 2; A. Bucher (Anm. 19), N. 457 ff.; Brückner, Personenrecht (Anm. 18), N. 391 ff.; Hausheer/Aebi-Müller (Anm. 18), N. 12.41; Riemer, Personenrecht (Anm. 18), N. 338 ff. Für das öffentliche Recht: BGE 123 I 118 E. 4a, 117 Ib 200 E. 2a, 114 Ia 357 ff. E. 5 f.; 113 Ib 423 f. E. 2; Auer/Malinverni/Hotelier (Anm. 4), N. 282 ff.; U. Häfelin/W. Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. A., Zürich 1998, N. 1158 ff., 1173; dies., Supplement zur 4. A., Zürich 2000, S. 64; W. Haller, Persönliche Freiheit, in: BV-Komm., N. 13 ff.; J. P. Müller, Grundrechte (Anm. 4), S. 9 ff.

<sup>75</sup> Brückner, Personenrecht (Anm. 18), N. 377; Haller (Anm. 74), N. 115; Mastronardi (Anm. 4), S. 243 ff.; J. P. Müller, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Diss. Bern 1964, S. 85; ähnlich: Steffen/Guillod (Anm. 17), N. CH 12.

«informed consent»<sup>76</sup>77. Eine Einschränkung des Schutzes der Persönlichkeit in einem öffentlichrechtlichen Verhältnis muss auf genügender gesetzlicher Grundlage beruhen<sup>78</sup>, im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und den Kerngehalt des Grundrechts der Persönlichen Freiheit unangetastet lassen (Art. 36 BV). Es bestehen keine objektiven Gründe, den Persönlichkeitsschutz des Patienten nur aufgrund eines Sonderstatusverhältnisses auf dem Gebiet des Gesundheitswesens zugunsten anderer Interessen zurückzudrängen. Privater und öffentlicher Persönlichkeitsschutz müssen deshalb im Verhältnis zwischen Spital, Altersheim und vergleichbaren Institutionen des Gesundheitswesens<sup>79</sup> sowie Arzt und Pflegepersonal einerseits und Patient andererseits *deckungsgleich* sein<sup>80</sup>.

Daraus fliessen unmittelbare Wirkungen, was die *Heimordnung* anbelangt, welche Mieter- bzw. Patientenrechte nicht über das zur Aufrechterhaltung eines

<sup>76</sup> Der aus dem amerikanischen Recht stammende Ausdruck, vgl. *Furrow et al.* (Anm. 17), S. 397 ff., hat sich mittlerweile auch im schweizerischen und deutschen Schrifttum durchgesetzt, vgl. statt vieler *Honsell*, Haftpflichtrecht (Anm. 71), § 5 N. 22; *A. Laufs*, in: *ders./Uhlenbruck* (Anm. 35), § 6 N. 1, 21, und wird etwa mit «aufgeklärter Einwilligung» (*Brückner*, Personenrecht [Anm. 18], N. 594/Anm. 105) bzw. «consentement libre et éclairé» (BGE 114 Ia 358 E. 6) übersetzt.

<sup>77</sup> Vgl. BGE 124 IV 260 f. E. 2, 119 II 458 ff. E. 2, 117 Ib 200 ff. E. 2, 116 II 521 f. E. 3b, 115 Ib 180 f. E. 2b, 114 Ia 358 E. 6, 113 Ib 423 f. E. 2, 108 II 62 E. 3; *A. Bucher* (Anm. 19), N. 520 f.; *Brückner*, Personenrecht (Anm. 18), N. 538 ff.; *ders.*, Rechtfertigung (Anm. 24), S. 455 f./Ziff. 13; *Häfelin/Haller* (Anm. 74), N. 1159 i. V. m. 1150b; *Haller* (Anm. 74), N. 38; *Hausheer/Aebi-Müller* (Anm. 18), N. 12.46, 12.49 f.; *M. Kuhn* (Anm. 36), S. 24 f.; *J. P. Müller*, Grundrechte (Anm. 4), S. 25; *K. Ofinger/E. W. Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, 4. A., Zürich 1987, § 16 N. 248 f.; *Rey* (Anm. 71), N. 653, 769 f.; *Riemer*, Personenrecht (Anm. 18), N. 373; *Steffen/Guillod* (Anm. 17), N. CH 39 f.; *Wiegand* (Anm. 24), S. 124, 168 f., 180; für Deutschland: *E. Deutsch*, Medizinrecht, 4. A., Berlin usw. 1999, N. 176. Die Streitfrage, ob der ärztliche Heileingriff als solcher eine tatbestandsmässige Körperverletzung (so die vorstehend zitierte Rechtsprechung und Lehre sowie die deutsche Judikatur, vgl. grundlegend BGHZ 29/1959 Nr. 8, S. 46 ff., zuletzt der BGH in einem Urteil vom 4. Oktober 1999 = Medizin-Recht 18/2000 S. 231 ff.) oder eine Verletzung Selbstbestimmungsrechts (so *Honsell*, Haftpflichtrecht, Anm. 71, § 5 N. 23 f., und die deutsche h. L., vgl. *K. Ulsenheimer*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Anm. 35, § 138 N. 5 f.) darstellt oder das eine vom anderen gar nicht zu trennen ist (so ausdrücklich BGE 117 Ib 201 f. E. 2c), berührt die unbestrittene ärztliche Aufklärungspflicht gegenüber dem Patienten als solche nicht, vgl. nur *Honsell*, Haftpflichtrecht (Anm. 71), § 5 N. 23, sowie die eingehende Erörterung bei *Taupitz* (Anm. 1), A 28 ff. – Grundlegend zur Kommunikation zwischen Arzt und Patient: *K. Jaspers*, Philosophie I, Philosophische Weltorientierung, 3. A., Berlin/Heidelberg 1932 (unveränderter Nachdruck 1994), S. 121–129.

<sup>78</sup> Im Sonderstatusverhältnis, in welchem sich Patienten und Heimbewohner befinden, sind die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage hinsichtlich Bestimmtheit des Rechtssatzes und Rechtssetzungsstufe (Verordnung oder Gesetz im formellen Sinn) gelockert, s. BGE 121 I 27 f. E. 4a; *Häfelin/Müller* (Anm. 71), N. 391 f.; *Knapp* (Anm. 71), N. 2700 f.; *Imboden/Rhinow/Krähenmann* (Anm. 71), Nr. 65 B I; *Jaag/Rüssli* (Anm. 71), Ziff. IV, B; *B. Weber-Dürler*, Grundrechtseingriffe, in: *U. Zimmerli* (Hg.), Die neue Bundesverfassung, Bern 2000, S. 131 ff., 137.

<sup>79</sup> Im Allgemeinen nicht mit Spitälern und Altersheimen vergleichbar sind insbesondere Anstalten i. S. v. Art. 397a Abs. 1 und Art. 406 Abs. 2 ZGB, bei welchen der Aufenthalt ohne oder gegen den Willen der betroffenen Person unter spürbarer Beschränkung der Bewegungsfreiheit erfolgt, vgl. *ZGB-Geiser*, Art. 397a N. 23 a. E.; *ZK-Spirig*, Art. 397a N. 119.

<sup>80</sup> Im Ergebnis gl. M.: BGE 117 Ib 201 E. 2c («Dem allgemeinen Persönlichkeitsschutz – sei es dem privat- oder öffentlichrechtlichen (...) – liegt das Prinzip zugrunde, fremdbestimmte Eingriffe in geschützte Rechtsgüter zu verbieten und die Verfügung darüber allein ihrem Inhaber vorzubehalten.»), spezifisch bei Spitalaufenthalt BGE 111 Ia 237 E. 5b/bb; *Brückner*, Personenrecht (Anm. 18), N. 385; *Haller* (Anm. 74), N. 68; *Hausheer/Aebi-Müller* (Anm. 18), N. 10.41.

geordneten Betriebs hinausgehende Mass einschränken darf: So steht den Bewohnern frei, mit wem sie *persönlichen Kontakt* unterhalten wollen<sup>81</sup>, und es darf die *Bewegungsfreiheit* nur insoweit eingeschränkt werden, als der Schutz demen-ter Personen (z.B. vor Stürzen im Treppenhaus oder ausserhalb des Gebäudes) es erfordert; gleiches gilt für die *ärztliche Betreuung*, welche zwar aus praktischen Gründen meist von einem Heimarzt erbracht werden dürfte, wobei aber die freie Arztwahl (und damit verbunden die Wahl von – auch alternativen – Heilmetho-den) nicht beeinträchtigt werden darf<sup>82</sup>.

c) Was *konkrete Behandlungsentscheide* betrifft, können diese (wie vorne in Ziff. 4 dargelegt) nach herrschender Lehre und Rechtsprechung als relativ höchstpersönliche Rechte durch einen Gesundheitsbeistand als Vertreter ausgeübt werden. Diese Sichtweise dient einem praktischen Bedürfnis, gewichtet das aus Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 28 ZGB fliessende Selbstbestimmungsrecht des Patienten aber zu wenig stark. In einem ersten Schritt ist daher vor jedem in-vasiven oder medikamentösen Eingriff dessen medizinische Notwendigkeit, die sogenannte «medizinische Indikation»<sup>83</sup>, aus ärztlicher Sicht abzuklären<sup>84</sup>. Fehlt diese<sup>85</sup>, so ist die Einwilligung zumindest bei einem *schweren* invasiven oder me-dikamentösen Eingriff immer absolut höchstpersönlicher Natur und deshalb vertretungsfeindlich<sup>86</sup>, soweit keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen vorliegen, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu übergehen<sup>87</sup>. Ist die medizinische Indikation vorhanden, bleibt abzuklären, ob der Eingriff für den Patienten in der konkreten Lebenssituation angezeigt ist (sogenannte «*per-sönlichkeitsbezogene*», aber auch an den *Ressourcen*<sup>88</sup> orientierte Indikation).

Ausgehend vom Selbstbestimmungsrecht des Patienten kommt einem gewill-kürten *Stellvertreter eine vorrangige Rolle* zu, welche derjenigen naher Angehöri-

<sup>81</sup> Selbst Sterbehelfer dürfen empfangen werden, wobei der Heimträger allerdings wegen seiner Schutzpflicht gegenüber den Bewohnern und mit Blick auf die spezifische Heimsituation durchaus sachlich-reglementierend eingreifen darf (*Breitschmid*, Anm. 43, S. 141 mit Anm. 98 f.).

<sup>82</sup> Eine Heimordnung, welche insoweit Rechte der Bewohner pauschal wegbedingen würde, wäre persönlichkeitsrechtlich unzulässig und eine gültige Einwilligung damit ausgeschlossen.

<sup>83</sup> Vgl. *Brückner*, Personenrecht (Anm. 18), N. 557; *ders.*, Rechtfertigung (Anm. 24), S. 462 mit Ziff. 32.

<sup>84</sup> So auch *Brückner*, Rechtfertigung (Anm. 24), S. 459 f. mit Ziff. 24.

<sup>85</sup> So kann etwa die Sterilisation aus medizinischer Sicht durchaus geboten sein, wenn sie im objekti-ven Interesse des dauernd Urteilsunfähigen liegt und ihm eine freiere Gestaltung seines Lebens, insbesondere die Wahrnehmung seiner Sexualität erlaubt, s. *Hegnauer* (Anm. 25), S. 26 f., Ziff. 2 f.; *Riemer*, Ausübung (Anm. 18), S. 218; a. M.: *Brückner*, Personenrecht (Anm. 18), N. 593; *Guil-lod/Meier* (Anm. 14), S. 390 f.

<sup>86</sup> *Gl. M. Brückner*, Personenrecht (Anm. 18), N. 593.

<sup>87</sup> Wie dies ausnahmsweise etwa im Bereich der *Fürsorgerischen Freiheitsentziehung* der Fall sein kann.

<sup>88</sup> *Brückner*, Personenrecht (Anm. 18), N. 558. – Weiter ist in diesem Zusammenhang die *Rationie-rungsproblematik* zu bedenken: Es besteht kein vorbehaltloser Anspruch auf Maximalbehand-lung, sondern nur auf im Rahmen der Ressourcen verhältnismässige: SAMW-Richtlinien Inten-sivmedizin (Anm. 73), Ziff. II.1.5; *Taupitz* (Anm. 1), A 25 ff., A 123; *Breitschmid* (Anm. 43) bei und mit Anm. 89; vgl. auch *K. Jaspers*, vorne in Anm. 4.

ger oder gesetzlicher Vertreter vorzugehen hat, da der Vertretene durch bewussten Willensakt einen Vertreter für *diese* Situation bestellt hat. Deshalb kann auch davon ausgegangen werden, dass der Vertreter dem Willen des vertretenen Patienten am besten Nachachtung verschafft, was bei Statusbeziehungen (Ehe, Verwandtschaft) nicht notwendig der Fall sein mag<sup>89</sup>. Liegt keine gewillkürte Stellvertretung, aber eine Patientenverfügung vor, so ist diese für den Arzt grundsätzlich verbindlich, soweit sie relativ gegenwartsbezogen und wohlüberlegt abgefasst wurde<sup>90</sup> und keine Anhaltspunkte bestehen, dass der Patient in der aktuellen Lage von dieser Abstand genommen hat<sup>91</sup>. Bei der Entscheidungsfindung haben persönlichkeitsbezogene und medizinische Indikation in einem interaktiven, fehlerfreien Verfahren zusammenzuwirken<sup>92</sup>. Dies ist umso wichtiger, als es zum medizinischen Alltag gehört, dass sich selbst eine sorgfältig abgeklärte medizinische Indikationsstellung im Nachhinein als nicht optimal erweist, da sie stets mit Unwägbarkeiten verbunden ist<sup>93</sup>.

d) Besondere Aufmerksamkeit verdienen *Entscheide in terminalen Stadien*. Die Diskussion darüber hat sich in jüngster Zeit verschärft und es können die Probleme hier nicht im Einzelnen behandelt werden. Als weitestgehend unstrittig hat aber zu gelten, dass «eine Verlängerung des Sterbeprozesses (...) bei einem zerebral schwerst und irreversibel geschädigten Patienten, der kein bewusstes Leben mehr wird führen können»<sup>94</sup>, gegen ärztliche Standesregeln verstösst, mithin der Behandlungsabbruch grundsätzlich ärztlicher Entscheid ist, welcher aber im Zusammenwirken mit dem aufgeklärten Patienten oder einem von diesem hierzu bestellten Vertreter zu treffen ist. Zweifellos ist ein solcher auf *Behandlungsabbruch* gerichteter Entscheid nicht nur für Angehörige oder einen Gesundheitsbeistand, sondern auch für die behandelnden Personen eine grosse Belastung; zugleich bedürfen solche Entscheide breiter fachlicher Abstützung und moralischer Stützung, damit nicht berufliche Routine oder persönliche Stress-

<sup>89</sup> *Guillod/Meier* (Anm. 14) S. 352 f. – Im Einzelfall können sich Abstimmungsprobleme ergeben, wenn sich die persönlichen Verhältnisse (z. B. durch Wiederverheiratung des Vollmachtgebers, Versöhnung von Ehegatten o.ä.) verändert haben. Nach dem Grundsatz, dass der erkennbare Wille Vorrang genießt (vorne Ziff. 7), kann ein konkludenter Widerruf resultieren.

<sup>90</sup> *Brückner*, Personenrecht (Anm. 18), N. 588 ff.; *O. Guillod/J. Guinand*, Validité et efficacité du testament biologique, ZSR 107/1998 I S. 401 ff., 431, 433; *J. Rehberg*, Arzt und Strafrecht, in: *Honssell* (Anm. 24), S. 303 ff., 320 ff.; *Reusser* (Anm. 33), S. 246 ff.; *ZGB-Breitschmid*, Vorbem. Art. 467–636, N. 25; *Taupitz* (Anm. 1), A 111–117; Kommentar zu Ziff. II.1.1. lit. b der SAMW-Richtlinien Intensivmedizin (Anm. 73); weniger klar dagegen *Schmid* (Anm. 35), N. 360 ff., 362 («Indizienwert»); *ZK-Schmid*, OR 420 N. 60 («bloss Indizienbedeutung»); weitestgehend gegen jegliche Verbindlichkeit dagegen das *Bundesamt für Justiz* (Anm. 35), S. 259 ff.; vehement für die vorbehaltlose Verbindlichkeit *R. Kehl*, Für eine gesetzliche Regelung der Sterbehilfe, AJP 4 (1995) S. 1307 ff., 1310.

<sup>91</sup> Was nur zurückhaltend anzunehmen ist: vorne Ziff. 7 bei Anm. 46: die relative Gegenwartsbezogenheit stellt nicht auf die nominell verflossene Zeit, sondern auf die qualitative Veränderung von Rahmenbedingungen ab.

<sup>92</sup> *Brückner*, Personenrecht (Anm. 18), N. 568. Ähnlich auch SAMW-Richtlinien Intensivmedizin (Anm. 73), Ziff. II.1.2. lit. a.

<sup>93</sup> *Brückner*, Personenrecht (Anm. 18), N. 563, 568; vgl. auch *Uhlenbruck* (Anm. 35), § 51 N. 1 ff.

<sup>94</sup> SAMW-Richtlinien Intensivmedizin (Anm. 73), Ziff. II.1.1.d.

situation der Behandelnden oder unbewältigte Gewissensfragen der Angehörigen den Ausschlag geben. Art. 421 f., aber auch Art. 397b/d ZGB machen deutlich, dass Entscheide Dritter mit besonderer Bedeutung für einen nicht-handlungsfähigen Vertretenen behördlicher bzw. gerichtlicher Genehmigung bedürfen; es kann füglich keinem Zweifel unterliegen, dass dies für *schwere* invasive oder medikamentöse, medizinisch indizierte Eingriffe ebenfalls gelten muss (vgl. § 1904 BGB), und zwar unabhängig davon, ob eine Behandlung genehmigt oder verweigert wird<sup>95</sup>. Ein solcher Entscheid ist zwar weitgehend ethischer Natur, als konkreter Behandlungsentscheid aber nicht einer eher konsultativ agierenden Ethikkommission<sup>96</sup> zu übertragen, sondern (*de lege ferenda*) einer gerichtlich strukturierten oberen (Aufsichts-)Behörde, welche (bei fehlender Fachkenntnis innerhalb des Gremiums unter Beizug von Fachpersonen bzw. einer *second opinion*) die medizinische Indikation und (durch Beizug der Unterlagen bzw. Auskünfte der Beteiligten: Angehörige bzw. allfälliger Vertreter) die persönlichkeitsbezogenen Verhältnisse zu prüfen hat. Da die Behandlungsherrschaft beim urteilsunfähigen Patienten in jedem Fall bei Dritten liegt, ist eine breitere Abstützung und objektive Nachprüfung des Entscheidungsprozesses, der heute faktisch der Ärzteschaft allein überantwortet wird, im Interesse aller Beteiligten (namentlich auch des Kranken, dessen Wünsche so in einem geeigneten Verfahren ermittelt werden können). Indes darf die Überprüfung der ärztlichen Beurteilung (bzw. der «letzte» Entscheid) nicht einer gewiss wohlmeinenden, aber letztlich u. U. in persönlicher Wertung oder Emotionen verfangenen Einzelperson (vormundschaftlich oder privat bestellter Vertreter, Angehörige) überbunden, sondern muss einem Vormundschafts- als eigentlichem *Fachgericht* übertragen werden<sup>97</sup>.

12. Mit Eignung und Tätigkeitsbeschreibung verbunden ist die Frage, ob der Mandatsträger bzw. unter welchen Umständen er seine Aufgabe delegieren oder substituieren kann.

<sup>95</sup> Zu letzterem Aspekt und zur Genehmigungsschwelle u.a. Palandt/Diederichsen (Anm. 30), § 1904 N. 5. Zur Genehmigungsschwelle vgl. auch Staudinger/Bienwald (Anm. 35), § 1904 N. 47 ff.; MünchKomm-Schwab (3. A., München 1992), § 1904 N. 9 ff.; Strätling/Eisenbart/Scharf (Anm. 2), S. 252 f.; Soergel/Zimmermann (Anm. 30), § 1904 N. 27 ff.

<sup>96</sup> Vgl. dazu etwa Ch. Rehmann-Suter, Wer sind die Fachleute ethischer Orientierung? Zur Funktion medizinischer Ethikkommissionen, in: G. Orsi et al. (Hg.), Medizin – Recht – Ethik, Frankfurt am Main usw. 1998 oder B. Wagner Pfeifer, Was können Ethikkommissionen leisten? – Rechtsbildung durch Ethiker am Beispiel des Gentechnikrechts, ZSR 119 (2000) I S. 313 ff.; aus demokratischen Gründen zu Recht kritisch in Bezug auf Rechtssetzung durch Ethikkommissionen in Form so genannter «Richtlinien»; J. P. Müller, Grundrechte (Anm. 4), S. 63 f. Ablehnend gegenüber Beurteilung konkreter Behandlungsentscheide durch Ethik-Kommissionen die deutsche Doktrin: u.a. Taupitz, Anm. 1, A 84; Spickhoff, Die Patientenautonomie am Lebensende: Ende der Patientenautonomie?, NJW 52/2000 S. 2297 ff., 2299, 2301.

<sup>97</sup> Die Notwendigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung des Behandlungsabbruchs gestützt auf § 1904 Abs. 1 Satz 1 BGB ist in der deutschen Gerichtspraxis und Literatur seit einem Urteil des Ersten Strafsenats des deutschen Bundesgerichtshofs vom 13. September 1994 (BGHSt. 40/1995 Nr. 36 S. 257 ff. = NJW 48/1995 S. 204 ff. = Medizin-Recht 13/1995 S. 72 ff. = Monatsschrift für Deutsches Recht 49/1995 S. 80 ff.) und einem vormundschaftlichen Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 15. Juli 1998 (NJW 51/1998 S. 2747 ff. = Medizin-Recht

Je *persönlichkeitsnäher* die zu treffenden Entscheide sind, desto eher sind sie nicht übertragbar. In allen Fällen hat sich aber der Mandatsträger bei Fachleuten die nötigen Zusatzinformationen zu verschaffen, um z.B. ärztliche Stellungnahmen überprüfen oder einen Prozess führen zu können, und es stehen dem Mandatsträger damit auch die entsprechenden Informationsrechte zu. In *persönlichkeitsferneren* Belangen erscheint – wiederum in Analogie zur Willensvollstreckung<sup>98</sup> – die Delegation von routinemässigen Abläufen (Buchhaltung) oder Tätigkeiten mit Spezialkenntnissen (Prozessführung) nicht nur als zulässig, sondern u. U. auch als geboten. Das vormundschaftstypische System, wonach gewisse Entscheide des Mandatsträgers der Zustimmung der Vormundschafts- oder der Aufsichtsbehörde bedürfen (Art. 420 f. ZGB) und seine Rechenschaftslegung überprüft wird (Art. 423 ZGB) – was eine *mehrfache* Beurteilung wichtiger Entscheide gewährleistet –, spielt gegenüber privat mandatierten Vertretern nicht in dieser Form (s. näher anschliessend Ziff. 13), gibt aber dem sorgfältigen Vertreter erst recht Anlass, seine Tätigkeit an sich zu dokumentieren (Art. 413 ZGB, Art. 400 OR) und den sachgerechten Beizug von Dritten zu evaluieren (Art. 399 OR).

Bereits bei der ursprünglichen Mandatserteilung können *Nachfolgelösungen* vereinbart werden<sup>99</sup>. Deren Eignung ist allerdings durch die Behörde zumindest zu überprüfen – indes verdient vom Vollmachtgeber angeordnete Substitution grundsätzlich Vorrang vor behördlichen Anordnungen<sup>100</sup>. Eine behördlich angeordnete Substitution wäre vormundschaftliche Massnahme. Fällt in besonderen Verhältnissen, wenn weitläufige und sehr unterschiedliche Verhältnisse zu bearbeiten sind, einer von mehreren Vertretern aus, so dürften die übrigen nicht ohne

16/1998 S. 519 ff.), welche § 1904 Abs. 1 Satz 1 BGB in teleologischer Auslegung auch auf den Behandlungsabbruch angewandt haben, umstritten; ablehnend u. a.: Landgericht München I in einem Beschluss vom 18. Februar 1999, E. 2b (= Medizin-Recht 18/2000 S. 89 ff., 90); *Staudinger/Bienwald* (Anm. 35); § 1904 N. 45; *Palandt/Diederichsen* (Anm. 30); § 1904 N. 6; *Scheffen*, Zivilrechtliche Neuregelung der passiven Sterbehilfe und Sterbebegleitung, ZRP 33/2000 313 ff., 314 f.; *Soergel/Zimmermann* (Anm. 30); § 1904 N. 26, 42; vgl. die Übersicht zum Meinungsstand bei W. H. Eberbach, Staatliche Genehmigung zum Sterben?, Medizin-Recht 18/2000 S. 267 ff., 268 f. – Der Kritik an gerichtlichen Entscheiden ist *entgegenzuhalten*, dass ärztliche Entscheide im «Massengeschäft» durchaus nicht a priori zweifelsfrei sind, die «Supervision» durch ein unabhängiges Gremium demgegenüber einen Rechtfertigungsdruck ausübt, den Entscheidungsprozess objektiviert und transparent macht, was zwar in einem grenzenlos schwierigen Gebiet nicht einen richtigen Entscheid, aber wenigstens dessen Verständlichkeit und dadurch die Verarbeitung des Geschehenen erleichtert. – Vgl. Begleitbericht mit VE für eine Änderung des ZGB (Betreuungsrecht) [Bern] Juni 1998, Art. 184 Abs. 2 Ziff. 3. – Kritisch zur Praktikabilität der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung gemäss § 1904 BGB: *Strätling/Eisenbart/Scharf* (Anm. 2), S. 254, die mittelfristig «von weit über 100 000 Entscheidungszweifelfällen pro Jahr» ausgehen, während tatsächlich zwischen 1992 und 1995 jährlich nur rund 2500 entsprechende Verfahren durchgeführt wurden; gerade weil es sich möglicherweise um ein «Massengeschäft» in kritischem Bereich handeln kann, dürfen die Entscheide aber auch nicht einfach dem nächsten Umfeld (Betreuer/Beistand, Pflegepersonal) überlassen werden, welches zwar seine Wahrnehmungen z.B. über die Urteilsfähigkeit einzubringen, aber nicht den Entscheid an sich zu fällen hat.

<sup>98</sup> Vgl. *Breitschmid* (Anm. 61) S. 168 ff.

<sup>99</sup> Sie könnten unter besonderen Umständen u. E. auch vermutet werden: so erschiene denkbar, dass bei Bevollmächtigung des einen Gatten eine von diesem einem Dritten erteilte Vorsorgevollmacht die von ihm seinem Partner gegenüber erbrachte Betreuung mit einschliessen soll.

<sup>100</sup> *Müller-Freienfels* (Anm. 8), S. 67, sowie vorne bei und mit Anm. 67.

weiteres in dessen Funktion eintreten, wenn bewusst jedem nur einzelne Verantwortungsbereiche zugeteilt werden sollten.

13. Die *Überwachung* privat mandatierter Betreuer folgt nicht den Regeln des Vormundschaftsrechts; da aber die Ordnung von Vollmacht und Auftrag davon ausgeht, die Überwachung erfolge durch den Geschäftsherrn, fehlt dort eine spezifische Ordnung. Es ergeben sich indes durchaus sachgerechte Lösungen:

Wurde private Vorsorge rechtsgeschäftsplanerisch bewusst und alsdann wohl oft aus *Diskretionsgründen* gestaltet, darf davon ausgegangen werden, dass *treuhänderische* Mechanismen eine angemessene Überwachung gewährleisten; insofern kann eine Mehrheit von (unter sich unabhängigen!) Bevollmächtigten oder die Überprüfung der Rechenschaftsberichte durch eine unabhängige «Revisionsstelle» bzw. die Trust-Strukturen nachempfundene Bestellung eines *Protector* – alles u. U. auch nur für Entscheide von besonderer Tragweite (dazu der Katalog in Art. 421 f. ZGB) – erwogen werden<sup>101</sup>.

Selbst wenn eine besondere Regelung der Überwachung unterblieb, resultiert kaum eine schlechtere Lösung als bei gänzlich unterbliebenen privaten Anordnungen. Zwar führt private Vorsorge dazu, dass staatliche, vormundschaftsbehördliche Anordnungen verdrängt werden (Prinzip der *Subsidiarität*<sup>102</sup>), was aber nichts daran ändert, dass die zuständigen Behörden auf jeden Hinweis einer Betreuungsbedürftigkeit – bzw. unzulänglicher privater Vertretung – hin die Anordnung vormundschaftlicher Massnahmen zu prüfen hat. In einem solchen Fall ist dem Handlungsunfähigen aufgrund seines Unvermögens, die Handlungen seines Vertreters zu kontrollieren, ein Beistand gemäss Art. 392 Ziff. 1 ZGB<sup>103</sup>, oder – wenn diese Massnahme nicht als ausreichend erscheint – ein Beirat (Art. 395 ZGB) oder Vormund (Art. 368 ff. ZGB) zu bestellen. Dieser ist als gesetzlicher Vertreter – allenfalls im Rahmen der vorläufigen Fürsorge (Art. 386 Abs. 1 ZGB) – zum Widerruf des Auftrages (nach dem Prinzip der milderer Massnahme ggf. auch nur zur Überwachung des Beauftragten: sog. «*Überwachungs-betreuer*»<sup>104</sup>) berechtigt. Beim Vorliegen besonderer Gründe können Anordnungen auch in direkter Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde erfolgen<sup>105</sup>.

<sup>101</sup> Vgl. Müller-Freienfels (Anm. 8), S. 69.

<sup>102</sup> Vorne Anm. 67.

<sup>103</sup> Das Unvermögen, die Handlungen des Vertreters zu kontrollieren, entspricht dem in Art. 392 Ziff. 1 ZGB genannten Unvermögen, selbst zu handeln oder einen gewillkürten Vertreter zu bestellen, vgl. BK-Schnyder/Murer, ZGB 392 N. 48; ZGB-Langenegger, Art. 392 N. 6 je mit weiteren Hinweisen; zur Überwachung von Interessenkollisionen fällt gleichermassen Art. 392 Ziff. 2 ZGB in Betracht.

<sup>104</sup> Vgl. § 1896 Abs. 3 BGB; sog. «(Vollmachts-)Überwachungs-» oder «Kontrollbetreuer»; vgl. Staudinger/Bienwald (Anm. 35), § 1896 N. 133 ff., § 1902 N. 61; Palandt/Diederichsen (Anm. 30), § 1896 N. 29; Walter, Betreuungsrechtsänderungsgesetz (Anm. 31), S. 686 f.; Soergel/Zimmermann (Anm. 30), § 1896 N. 89 ff. Vgl. auch Guillod/Meier (Anm. 14), S. 344 f.

<sup>105</sup> Zu den Voraussetzungen im Einzelnen vgl. BK-Schnyder/Murer, ZGB 392 N. 36, und ZGB-Breitschmid, Art. 386 N. 3. – Die Prüfung, ob eine der Behörde zur Kenntnis gelangte Vorsorgevollmacht (vgl. vorne Ziff. 8) behördliche Anordnungen überflüssig macht, ist bereits behördliches Tätigwerden in der Sache des Vertretenen, welches diesem (bzw. dem Vertreter: dies bereits eine präventive aufsichtsrechtliche Wirkung) mitzuteilen ist; vgl. ZGB-Breitschmid, Art. 386 N. 4).

**Zeitschrift für**

# **Vormundchaftswesen**

**Recht und Praxis**  
im Kindes- und Erwachsenenschutz

**Revue du**

# **droit de tutelle**

**Pratique et droit**  
de la protection des mineurs et des adultes

**Rivista di**

# **diritto tutelare**

**Prassi e diritto**  
della protezione di minori e adulti

---

Redaktion – Rédaction – Redazione

**Kurt Affolter**

Fürsprech und Notar, Biel

**Philippe Aubert**

Ancien juge cantonal, Cormondrèche NE

---